

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

DIORDAN PASSARIN CANONICA

O OBJETO PREPONDERANTE DA DECISÃO QUE JULGA O IRDR: FIXAR UMA
TESE JURÍDICA OU JULGAR O CASO CONCRETO?

FLORIANÓPOLIS

2016

DIORDAN PASSARIN CANONICA

O OBJETO PREPONDERANTE DA DECISÃO QUE JULGA O IRDR: FIXAR UMA
TESE JURÍDICA OU JULGAR O CASO CONCRETO?

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
junto ao curso de graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina –
UFSC, na área de Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy

FLORIANÓPOLIS

2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “*O objeto preponderante da decisão que julga o IRDR: fixar uma tese jurídica ou julgar o caso concreto?*”, elaborado pelo acadêmico Diordan Passarin Canonica, defendido em 07/07/2016 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

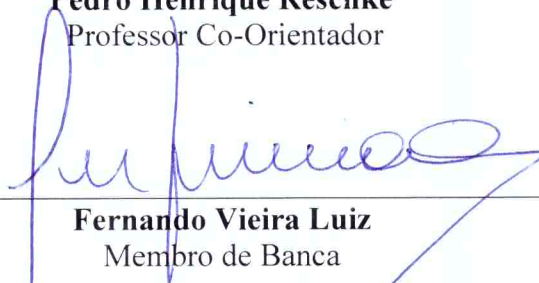
Florianópolis, 07 de julho de 2016.



Eduardo de Avelar Lamy
Professor Orientador



Pedro Henrique Reschke
Professor Co-Orientador



Fernando Vieira Luiz
Membro de Banca



Adriana Buchmann
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Diordan Passarin Canonica

RG: 5.800.823 SSP/SC

CPF: 089.517.379-42

Matrícula: 11204481

Título do TCC: *“O objeto preponderante da decisão que julga o IRDR: fixar uma tese jurídica ou julgar o caso concreto?”*

Orientador: Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy

Eu, Diordan Passarin Canonica, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 07 de julho de 2016.

Assinatura manuscrita em tinta azul de Diordan Passarin Canonica, sobre uma linha horizontal.

DIORDAN PASSARIN CANONICA

AGRADECIMENTOS

À minha família, aos amigos mais próximos e aos colegas de escritório, com especial agradecimento ao amigo Pedro Reschke e aos Professores Lamy e Eduardo, que despertaram meu interesse pelo estudo do Processo Civil.

*Eu posso fazer um trabalho sem
citar todas as referências?*

- “Não”¹.

¹William Shakespeare, *Hamlet*, Ato III,
Cena I, linha 96.

RESUMO

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), criado pelo CPC de 2015, se destina a resolver questões de direito repetitivas entre múltiplas demandas de forma homogênea, através de uma decisão paradigma que deverá ser observada pelos novos julgadores. O objetivo deste trabalho é analisar qual é (ou qual *deveria* ser) o objeto preponderante do julgamento paradigma. Em linhas simples: se a decisão que julga o IRDR fixa uma *tese jurídica em abstrato* ou se deve resolver o *conflito subjetivo entre as partes*. O trabalho, seguindo o método dedutivo, parte de um estudo sobre a vinculação das decisões judiciais no CPC de 2015, passando por uma análise comparativa entre o sistema de *Common Law* e os precedentes do sistema brasileiro, estabelecidos como premissas básicas, avançando para uma análise processual do instituto do IRDR. A partir daí, analisa os principais argumentos que justificam, de um lado, a fixação de teses e, de outro, o julgamento do caso concreto pelo incidente. Nesse sentido, são dados alguns modestos passos no sentido de uma análise das possíveis consequências de se adotar um posicionamento em detrimento do outro, em especial atenção à possibilidade de uma exagerada padronização decisória, sem deixar de reconhecer que o IRDR, antes de tudo, objetiva ser uma ferramenta útil para lidar com o problema da massificação de demandas.

Palavras-chave: CPC de 2015. Precedentes judiciais. Incidente de resolução de demandas repetitivas. Objetivação do processo. Hermenêutica. Segurança jurídica.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1: DECISÕES JUDICIAIS VINCULANTES NO CPC DE 2015.....	11
<i>1.1. Breves noções para se falar em precedentes.....</i>	<i>11</i>
<i>1.2. A significativa mudança trazida pelo novo código.....</i>	<i>18</i>
<i>1.3. O Brasil não está se transformando em um país de Common Law.....</i>	<i>23</i>
CAPÍTULO 2: CONTORNOS PRINCIPIOLÓGICOS, PROCESSUAIS E PROCEDIMENTAIS DO IRDR.....	29
<i>2.1. Fundamentos para criação de técnicas processuais especiais: insuficiência dos meios processuais tradicionais.....</i>	<i>29</i>
<i>2.2. Afinal, o que são demandas repetitivas?.....</i>	<i>34</i>
<i>2.3. O IRDR não é técnica de processo coletivo.....</i>	<i>39</i>
<i>2.4. Aspectos processuais e procedimentais do IRDR.....</i>	<i>41</i>
2.4.1. Cabimento: existência de efetiva repetição de demandas.....	41
2.4.2. Legitimidade para instaurar o incidente.....	46
2.4.3. Seleção da(s) causa(s) paradigma.....	48
2.4.4. Julgamento e regime recursal.....	50
CAPÍTULO 3: O IRDR JULGA O CASO CONCRETO OU FIXA UMA TESE JURÍDICA EM ABSTRATO?.....	54
<i>3.1. Uma visão legalista: o incidente apenas fixa a tese jurídica, abstraindo-se do julgamento subjetivo.....</i>	<i>55</i>
3.1.1. O incidente julga apenas questões de direito.....	56
3.1.2. Autonomia do sistema em relação ao abandono da causa.....	60

3.1.3. Tendência de objetivação do processo.....	61
3.2. <i>O objeto do IRDR a partir de uma visão hermenêutica: imprescindibilidade do julgamento do caso concreto.....</i>	64
3.2.1. A concretização da norma só é possível perante um caso concreto.....	65
3.2.2. É impossível uma superdecisão pré-julgar os casos futuros.....	69
3.3. <i>Uma reflexão sobre as possíveis consequências do julgamento do IRDR.....</i>	75
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	79
BIBLIOGRAFIA.....	82

INTRODUÇÃO

Sem dúvida, uma das maiores inovações instituídas pelo CPC de 2015 foi o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que se destina a tentar solucionar um problema inegável na realidade brasileira: a massificação de demandas no Poder Judiciário. Para tanto, o incidente se propõe a solucionar uma questão de direito repetitiva através de um julgamento que deverá ser observado em todos os casos que contenham a mesma matéria. Ainda que o tema seja recente, surgiu grande discussão entre os juristas brasileiros acerca do *objeto de julgamento* do IRDR. A pergunta é: deve o incidente fixar uma tese jurídica abstrata, a partir de uma seleção de casos modelo, ou julgar o caso concreto que deu origem ao incidente, resolvendo o conflito subjetivo das partes? Em ambos os casos, a decisão do IRDR será paradigma para os novos juízes, que deverão observá-la e aplicá-la aos casos que contenham a mesma questão de direito repetitiva.

A discussão é relevante e merece atenção. Ainda mais por que o texto legal aborda exaustivamente como serão os *aspectos procedimentais* do julgamento do incidente, mas pouca atenção foi dada ao modo como a decisão paradigma será aplicada em casos futuros. Justamente essa a inspiração para este trabalho. Não são necessários grandes esforços para se perceber que existem grandes diferenças – não só teóricas, mas também pragmáticas – entre um julgamento que se dedica a fixar uma tese jurídica e um julgamento que aprecie as especificidades do caso concreto. Acredita-se que, para possibilitar uma melhor utilização do IRDR, é imprescindível que se dedique a devida atenção ao *estudo da decisão paradigma*, através de uma análise dos principais elementos que fundamentam os dois posicionamentos.

Este trabalho, portanto, não se propõe a dar uma resposta definitiva à pergunta *O IRDR fixa uma tese jurídica ou julga o caso concreto?* (até porque isso seria muito pretensioso para uma simples monografia). Antes, o objetivo é fazer uma modesta reflexão sobre qual *deveria ser* o objeto da decisão paradigma dentro do contexto jurídico brasileiro – daí a palavra *preponderante*, que integra o título deste trabalho.

À luz destas premissas, este trabalho começa por abordar as principais ferramentas de argumentação e racionalização necessárias para se trabalhar com precedentes judiciais, tendo em vista que foi a doutrina do *stare decisis*, surgida nos países de *Common Law*, que inspirou o legislador brasileiro a criar ferramentas garantidoras de maior

previsibilidade e segurança jurídica, como o sistema de precedentes vinculantes e o próprio incidente de resolução de demandas repetitivas, aqui discutido. Analisa-se as mudanças trazidas pelo CPC de 2015 quanto à vinculação das decisões judiciais, verificando como se propõe a adoção de precedentes como elementos da fundamentação das decisões judiciais no direito brasileiro. Conclui-se o primeiro capítulo com uma análise das principais diferenças históricas e metodológicas entre as duas tradições jurídicas, especialmente quanto à força formalmente vinculante dos precedentes no sistema de *Civil Law* brasileiro em contraste com a autoridade vinculante das decisões sob a égide do *stare decisis*, principalmente os possíveis efeitos negativos dessa vinculação formal.

O segundo capítulo segue com uma análise do incidente de resoluções repetitivas propriamente dito, tratando-o pela sigla IRDR para evitar a cansativa recorrência do termo. O instituto é tratado a partir de sua origem como resposta à massificação de demandas no direito brasileiro, com especial atenção ao que caracteriza *questões repetitivas* para o incidente, bem como o que o diferencia dos outros mecanismos processuais existentes que tutelam demandas marcadas pela repetitividade. A seguir, há uma análise procedimental do instituto a partir dos dispositivos que o regulam, destacando a importância de um objeto de julgamento adequado para os litigantes individuais.

Concluindo, o terceiro capítulo se ocupa da discussão central deste trabalho – a decisão que julga o IRDR deve apenas fixar uma tese jurídica ou resolver o caso concreto? Para responder esta pergunta, foram expostos os principais argumentos que justificam cada posicionamento, abordando, num primeiro momento, uma visão legalista/pragmática do incidente e, posteriormente, uma perspectiva hermenêutica para o estudo da decisão paradigma. Ao final, foram feitas modestas considerações sobre a importância de uma decisão paradigma adequada, tendo em vista as inevitáveis consequências para a vida do jurisdicionado em razão do julgamento do incidente. A principal conclusão, acredita-se, é a de que a discussão aqui trazida não pode ficar restrita à uma análise meramente formalista ou literal do incidente, sendo imprescindível a contribuição de outras áreas do conhecimento, sobretudo da hermenêutica crítica, para uma devida compreensão e utilização do IRDR.

O método usado foi o dedutivo, orientado pela revisão bibliográfica.

Destaque-se, por fim, que a intenção do trabalho não é apenas de criticar o instituto, mas de partir de sua análise como escolha do legislador para resolver um

problema que já existe e não pode ser ignorado. Quer dizer, a massificação de demandas é uma realidade, não uma escolha do legislador. O IRDR foi um dos meios eleitos para lidar com ela. Cabe aos juristas investigarem a melhor forma de aplicá-lo, que é a colaboração proposta por este trabalho.

CAPÍTULO 1

DECISÕES JUDICIAIS VINCULANTES NO CPC DE 2015

Antes de entrar na análise do IRDR em si, é necessário fazer algumas considerações quanto ao caráter vinculante da decisão que julga o incidente, em atenção às mudanças trazidas pelo novo CPC.

Para tanto, importante expor algumas peculiaridades do sistema vinculante brasileiro, a fim de tentar compreender os contornos formais da decisão que julga o IRDR e, principalmente, verificar eventuais pontos de convergência entre nosso sistema e aqueles de tradição do *Common Law*. Em resumo: o objetivo é esclarecer o objeto da discussão para afastar possíveis conclusões equivocadas quanto à decisão do incidente e sua forma de aplicação.

1.1. Breves noções para se falar em precedentes

Qualquer sistema que pretenda uniformizar jurisprudência precisa, pelo menos, observar o sistema do *Common Law*. Por mais que sua cultura e metodologia de aplicação do direito sejam amplamente diferentes do *Civil Law*¹, pode-se dizer que os objetivos são os mesmos: trazer segurança jurídica ao jurisdicionado.

Assim, antes de entrar no tema relativo a decisões vinculantes no âmbito do novo CPC, é preciso tecer considerações, ainda que de modo sucinto, sobre alguns conceitos básicos do *Common Law* a fim de possibilitar uma melhor interpretação das inovações legislativas brasileiras.

Numa frase, o *stare decisis* pode ser conceituado como a designação dada para descrever o desenvolvimento que a doutrina dos precedentes do *Common Law* obteve no século XIX, tanto nas cortes da Inglaterra quanto nos Estados Unidos². O termo *stare decisis* é abreviação da máxima latina *stare decisis et non quieta movere* – “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido”.

Nesse sistema, a decisão proferida por um juiz em cada situação

¹Este assunto será abordado com mais profundidade no item 1.3.

²STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. cit. p. 42.

concreta pode se firmar como precedente³: ou seja, uma decisão cuja *razão fundamental de decidir* deverá ser aplicada novamente em todos os casos semelhantes que aparecerem frente àquela Corte e as que lhe forem subordinadas.

Assim, os juristas de *Common Law* se referem a essa razão fundamental de decidir como *ratio decidendi*.

Em verdade, o grande problema está na interpretação e identificação dessa razão fundamental na decisão judicial. Tal atividade, envolve “a descoberta do cerne (*core*) do precedente, que, efetivamente, é a regra (*rule, ratio decidendi*) que deve aplicar-se aos casos subsequentes”⁴.

De forma resumida, é possível elencar sete conceitos de *ratio decidendi* cunhados pela tradição: *a)* é o critério decisional, ou seja, a regra que está subjacente à decisão; *b)* é o princípio de direito adotado para definir o conteúdo da demanda; *c)* é a premissa ou passagem lógica que se revela necessária para se alcançar a decisão do caso; *d)* é a regra ou princípio que constitui a condição necessária ou suficiente; *e)* é o princípio de direito contido na decisão judicial e que é suficiente para decidir o caso concreto; *f)* é a argumentação explícita ou implícita necessária ou suficiente para definir o caso; e, por fim, *g)* é a relação entre solução motivada do caso e o próprio caso – ou seja, o fato e as questões jurídicas inerentes⁵.

Em atenção a essas diversas concepções de *ratio decidendi*, é possível afirmar que, tradicionalmente, ela configura o enunciado jurídico a partir do qual é decidido o caso concreto. Ou, ainda, ela é a *regra jurídica* utilizada pelo Judiciário para justificar a decisão do caso.

Inclusive, parte da doutrina, como Luiz Guilherme Marinoni, já vinha traçando paralelos que podem servir de guia para a localização dessa *razão fundamental de decidir*:

³Nesse sentido, Lenio Streck e Georges Abboud afirmam que para caracterizar uma decisão como precedente é necessário dois níveis de análise. Primeiro, o precedente é uma decisão de um tribunal com aptidão a ser reproduzida-seguida pelos tribunais inferiores. Segundo, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido na resolução de casos análogo-similares. Ou seja, “não há uma distinção estrutural entre uma decisão isolada e as demais que lhe devem ‘obediência hermenêutica’. Há, sim, uma diferença qualitativa que sempre exsurta a partir da *applicatio*” (STRECK, Lenio Luiz; ABBOD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.cit. p. 42-43).

⁴WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 99, n. 893, p. 35

⁵STRECK, Lenio Luiz; ABBOD, Georges. Op.cit. p. 43.

A razão de decidir, numa primeira perspectiva, é a tese jurídica ou a interpretação da norma consagrada na decisão. De modo que a razão de decidir certamente não se confunde com a fundamentação, mas nela se encontra. Ademais, a fundamentação não só pode conter várias teses jurídicas, como também considerá-las de modo diferenciado, sem dar igual atenção a todas. Além disso, a decisão, como é óbvio, não possui em seu conteúdo apenas teses jurídicas, mas igualmente abordagens periféricas, irrelevantes enquanto vistas como necessárias à decisão do caso⁶.

Por sua vez, o *obter dictum* (literalmente um “dito pelo caminho”), corresponde ao enunciado ou fragmento de argumentação jurídica, expressamente contida na decisão, mas cujos conteúdo e presença são irrelevantes para a solução final da demanda.

Fato é que os juízes, quando proferem suas decisões, dificilmente concentram suas argumentações apenas no fundamento que servirá de premissa para a solução jurídica do caso em análise. Muitas vezes são utilizados argumentos que apenas somam àquelas que darão o efetivo encaminhamento ao julgado, ou seja, são questões periféricas que apenas tangenciam a razão de decidir.

Assim, aplicar um precedente, em larga parte, significa distinguir o que é *ratio decidendi* do que é *obter dicta*:

Outrossim, a doutrina destaca dificuldade inclusive para se definir o que é vinculante (*binding element*) dentro do precedente. Dentre essas dificuldades, conforme expusemos, a principal delas é a distinção entre o que caracteriza a *ratio decidendi* de um caso e o que é simples *obter dicta*. A *ratio decidendi* configura a regra de direito utilizada como fundamento da questão fática controvertida (lide). A *obter dicta* consiste no conjunto de afirmações e argumentos contidos na motivação da sentença, mas que não constituem fundamentos jurídicos da própria decisão⁷.

Ainda, é importante salientar que a *ratio decidendi* acaba, invariavelmente, sendo identificada sempre numa análise *retrospectiva*, feita pelo operador do direito que estuda o precedente anterior – e não pelo juiz que formulou a decisão. Nesse sentido, Guilherme Marinoni afirma que “não há dúvida de que, mesmo que a *ratio decidendi* seja instituída pelo órgão que elaborou o precedente, isso não isentará os juízes de, no futuro, compreendê-la diante dos novos casos em julgamento”⁸.

Isso porque o precedente é indissociável das circunstâncias fáticas. O juiz que decide, decide um caso concreto, não tenta (ou não deveria tentar) criar uma norma abstrata e genérica para todas as situações semelhantes. Em outras palavras, a *ratio decidendi* não existe abstratamente:

⁶MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2011. cit. p. 220

⁷STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Op. cit. p. 45.

⁸MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 231.

Todavia, ela não é uma regra jurídica que pode ser considerada por si só, ou seja, se ela for encarada isoladamente, ela deixará de ser *ratio decidendi*, uma vez que a *ratio decidendi* deve, obrigatoriamente, ser analisada em correspondência com a questão fático-jurídica (caso concreto) que ela solucionou⁹.

Aplicar um precedente não é um serviço mecânico de encaixar casos concretos em moldes de decisões pré-prontas. Pelo contrário, a própria regra jurídica (precedente) é fruto de intenso debate e atividade interpretativa.

Na verdade, a utilização dos precedentes exige uma modalidade de raciocínio com a qual os operadores do direito do *Civil Law* muitas vezes não estão acostumados: a operação por analogia. Numa leitura aguçada, Pedro Reschke reproduz as palavras de Neil Duxbury:

Seguir um precedente é traçar uma analogia entre uma ocasião e outra; de fato, a argumentação legal é frequentemente descrita – pelos advogados do *common law*, ao menos – como ‘argumentação analógica’ ou ‘argumentação caso-a-caso’¹⁰.

Opera-se por analogia porque o juiz, ao decidir um caso concreto, decide focado no presente, sem a pretensão de estabelecer uma regra geral e universal. Essa regra deve ser extraída da decisão pelo jurista que estuda o caso para aplicar a mesma *razão fundamental de decidir* num caso subsequente. Vale dizer, o precedente não é norma pré-pronta, e não pode ser aplicado sem serem considerados os fatos do caso paradigma e do caso concreto.

Ora, o melhor lugar para se buscar o significado de um precedente está na sua fundamentação, ou melhor, nas razões pelas quais se decidiu de certa maneira ou nas razões que levaram à fixação do dispositivo. É claro que a fundamentação, para ser compreendida, pode exigir menor ou maior atenção ao relatório e ao dispositivo. Esses últimos não podem ser ignorados quando se procura o significado de um precedente. O que se quer evidenciar, porém, é que o significado de um precedente está, essencialmente, na sua fundamentação, e que, por isso, não basta somente olhar à sua parte dispositiva¹¹.

Justamente por ser a aplicação uma operação dinâmica, o juiz não está eternamente vinculado a um precedente judicial – até porque o direito é uma constante evolução¹². Na verdade, o juiz tem o dever de analisar a *ratio decidendi* do precedente

⁹STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Op.cit. p. 43.

¹⁰RESCHKE, Pedro Henrique. *Ação rescisória e uniformização jurisprudencial: crítica à “doutrina interpretada razoável” e à aplicação irrestrita da Súmula 343/STF*. 2013. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.cit. p. 20.

¹¹MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 221.

¹²TUCCI, Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 104-105.

paradigma e sopesar com as novas tendências da sociedade para julgar o caso atual, ou seja, caso a razão de decidir não tenha mais autoridade para servir de regra a julgamento futuros, ele é abandonado por uma nova norma instituída.

Esse fenômeno é chamado de *overruling*. Neste caso, as premissas fáticas e jurídicas são as mesmas, mas, ainda assim, é possível – e até necessário – abandonar o precedente até então paradigma:

Over ruling, portanto, é o método de trabalho de juízes de tribunais onde, depois da reavaliação dos fundamentos que levaram à formação de um precedente que ordinariamente se aplicaria ao caso em julgamento, decide-se por cancelar a fórmula anterior e atribuir uma interpretação, total ou parcialmente, diferente da antecedente¹³.

A ideia é não estagnar o direito. Assim, o jurisdicionado tem a segurança de que o direito produzido pelos juízes poderá evoluir na medida em que a sociedade avança em seus novos conceitos e novos comportamentos. Quer dizer: revoga-se o precedente quando este deixa de fazer sentido no contexto em que está inserido.

Tal técnica tem um discurso de justificação que resulta na derrogação da regra antes utilizada¹⁴, mediante devida fundamentação. José Rogério Cruz e Tucci aponta que o “precedente judicial perde normalmente a seu *status* quando (a) desponta contraditório; (b) torna-se ultrapassado; (c) é colhido pela obsolescência em virtude de mutações jurídicas; ou, ainda, (d) encontra-se equivocado”¹⁵.

Portanto, quando houver perda da congruência social ou incoerência sistêmica, faz-se necessária a revogação de um precedente. Neste sentido, Marinoni afirma que:

Um precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Essas proposições aparecem no raciocínio do *common Law* exatamente quando se mostram relevantes para a elaboração, para a aplicação ou para a mudança de um precedente. As proposições morais determinam uma conduta como certa ou errada a partir do consenso geral da comunidade, as proposições políticas caracterizam uma situação boa ou má em face do bem-estar geral e as proposições de experiência dizem respeito ao modo como o mundo funciona, sendo que a maior classe dessas últimas proposições descreve tendências de condutas seguidas por subgrupos sociais¹⁶.

¹³ CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo Civil Brasileiro*. Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 569.

¹⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. cit. p. 388.

¹⁵ TUCCI, Rogério Cruz e. Op. cit. p. 108.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 388.

Assim, desde que esta revogação esteja pautada em robusta justificativa, não há prejuízo à segurança jurídica do jurisdicionado ou estabilidade do sistema, pois o respeito e a coerência estarão acompanhados com a evolução do direito. Esta ferramenta é de grande auxílio para o magistrado sincronizar-se às tendências da sociedade. Acontece que não é a única técnica de julgamento.

Além disso, há também uma segunda técnica que não tem o condão de revogar a norma extraída do precedente, mas afastá-lo por não possuir semelhanças ao caso concreto em julgamento. Os juristas da *Common Law* chamam esta técnica de *distinguishing*.

O *distinguishing* pode ser definido como o ato de comparar, constatar distinções e afastar a aplicação vinculante do precedente¹⁷. É a técnica que demonstra as diferenças entre os fatos do precedente com os fatos do caso concreto sob julgamento; é o elemento que coteja o caso posto em análise com o precedente para averiguar se poderá ser utilizado como paradigma¹⁸. Em suma, trata-se de uma diferenciação ou distinção de casos. Thomas da Rosa Bustamante resume em um parágrafo a conceituação de *distinguishing*:

Como vimos, o *distinguish* pode ser descrito como uma *judicial departure* que se diferencia do *overruling* porque o afastamento do precedente não implica em seu abandono – ou seja, sua validade como norma universal não é infirmada –, mas apenas sua não-aplicação em determinado caso concreto, seja por meio da criação de uma exceção à norma adscrita estabelecida na decisão judicial ou de uma interpretação restritiva dessa mesma norma, com o fim de excluir suas conseqüências para quaisquer outros fatos não expressamente compreendidos em sua hipótese de incidência¹⁹.

Com isto pode-se notar com clareza a diferença entre a técnica que revoga o precedente anterior (*overruling*), com a que apenas afasta (*distinguishing*). Este precedente afastado ainda permanece em vigor, o qual poderá ser utilizado num futuro caso que venha coincidir as premissas fundamentais.

Frisa-se novamente que não se pretende analisar a fundo a o sistema do *Common Law* e tampouco seus institutos e métodos; mas, tão somente, passar ao leitor uma perspectiva mínima de elementos básicos, que facilitarão nas discussões propostas neste trabalho.

A noção prática destas técnicas que ocorrem diariamente no *stare decisis* deve ser levada como fonte de segurança e previsibilidade do direito também nos

¹⁷CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Op. cit. p. 568.

¹⁸JÚNIOR, Eraldo Ramos Tavares. *Juizados Especiais, Precedente Judicial e a importância do relatório: uma homenagem a este desprestigiado elemento da sentença*. Revista de Processo. São Paulo, v. 38. cit. p. 207

¹⁹BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Op. cit. p.470.

sistemas de *Civil Law* – principalmente aqueles que utilizam precedentes judiciais, como é o caso do Brasil. Muitas vezes os profissionais do direito, por não entenderem ou não aplicarem corretamente estas técnicas, maculam todo o sistema.

A técnica do *distinguish* é um dos elementos característicos do *common law*, mas tende a se expandir cada vez mais para outros domínios e tradições jurídicas. Quanto mais rígida seja a aderência ao precedente judicial, mais freqüente será seu emprego²⁰.

A colocação é relevante e merece destaque. Não há porque retirar os demais institutos do *stare decisis* dessa mesma lógica. Claro que no direito brasileiro não há uma tradução literal de *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *overruling* ou *distinguishing*, mas é inegável que esses conceitos são de importância considerável para uma perspectiva de utilização de precedentes no nosso ordenamento, especialmente com o novo CPC. Vale dizer, a troca de informações e experiências é fundamental para que o sistema jurídico brasileiro encontre sua própria maneira de trabalhar com precedentes.

Afinal, os conceitos brevemente expostos são, antes de tudo, ferramentas argumentativas que *racionalizam* o sistema de precedentes – e a ideia fundamental é a de que são ferramentas de argumentação jurídica universais, não exclusivas do *Common Law*.

²⁰BUSTAMANTE. Thomas da Rosa. Op. cit. p. 470.

1.2. A significativa mudança trazida pelo novo código

Dentre as alterações instauradas pelo novo CPC, ganha significativo destaque a implementação de um sistema brasileiro de precedentes²¹, instituído pelos arts. 926 e 927.

Não é segredo que uma das principais motivações para a inovação legislativa foi a falta de previsibilidade do nosso Judiciário – e a consequente falta de compromisso com a isonomia e segurança jurídica, que sempre foi um dos grandes problemas práticos encontrados pelos nossos juristas:

No Brasil, enfrentamos o problema do excesso de casos em que há diversidade de interpretações da lei num mesmo momento histórico, o que compromete a previsibilidade e a igualdade. Há juízes de primeira instância e tribunais de segundo grau que decidem reiteradamente de modo diferente questões absolutamente idênticas. Estas divergências existem também no âmbito dos tribunais superiores entre eles – STJ e STF – e entre seus órgãos fracionários²².

Esse fenômeno está ligado às origens históricas do nosso sistema, descendente das tradições civilistas da França e da Itália, que culminou no conceito de livre convencimento motivado, o norte que guia (e legitima) a tomada de decisões judiciais no Brasil²³.

Assim, pode-se afirmar que tal sistema de vinculação representa, até certo ponto, uma mudança paradigmática no direito brasileiro, na medida em que altera (ou impõe) o modo como as decisões judiciais devem ser observadas pelo Poder Judiciário.

Hermes Zaneti Jr. ensina que o direito anterior já vinha reconhecendo a importância da jurisprudência como fonte normativa. Porém, conclui o autor, não era nada comprado com as dimensões que a nova legislação apresenta agora: um modelo normativo de precedentes vinculantes que passou a constituir, formalmente, uma das fontes primárias do ordenamento jurídico²⁴.

²¹DIDIER JR., Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. Precedentes (Coleção grandes temas novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2015. cit. p. 383.

²²WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. cit. p. 36.

²³RESCHKE, Pedro Henrique. *Aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas: análise à luz do sistema de precedentes e do dever de fundamentação*. Monografia de especialização em Direito Processual Civil. Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – Núcleo de Pós-Graduação. cit. p. 14.

²⁴ZANETI JR, Hermes. *Precedentes normativos formalmente vinculantes*. Precedentes (Coleção grandes temas novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2015. cit. p. 407.

O novo CPC reconhece em seu art. 926, *caput*²⁵, o dever dos tribunais em manter sua jurisprudência estável coerente e íntegra. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. ensina que a lei prevê deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes (persuasivos e obrigatórios): *a)* o dever de uniformizar sua jurisprudência; *b)* o dever de manter essa jurisprudência estável; *c)* o dever de integridade; e *d)* o dever de coerência²⁶.

Essas são as linhas gerais que devem guiar a observância e aplicação das decisões judiciais no novo Código. Para o objeto deste estudo, entretanto, o foco principal está na força vinculante conferida às decisões.

Nesse ponto, o art. 927²⁷ impõe aos juízes e aos tribunais o dever de observância: *a)* das decisões do STF em controle de constitucionalidade; *b)* dos enunciados da súmula vinculante; *c)* das decisões proferidas em assunção de competência e demandas repetitivas (REER e IRDR); *d)* dos enunciados das súmulas do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional federal; e *e)* das decisões do plenário ou órgão especial aos quais eles estiverem funcionalmente vinculados.

Evidentemente que cabem críticas ao rol instituído pelo legislativo, que não é objeto deste estudo. A consideração relevante, por ora, é admitir esse rol como um ponto de referência normativo e formal. Quer dizer, admitir a força vinculante que a lei atribuiu a essas decisões.

Aqui, uma observação importante: apesar de a palavra “precedente” ser utilizada constantemente pelos juristas, é preciso ter em mente que as

²⁵ Art. 926. *Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.* In: Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. Op. cit. p. 384.

²⁷ Art. 927. *Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (...)* In: Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

decisões vinculantes do sistema brasileiro não são iguais aos *precedents* do *Common Law*. Lá, a observância das decisões judiciais se dá pela tradição; aqui, pela vinculação formal²⁸.

Assim, a palavra “precedente” deve sempre ser entendida à luz das características próprias do ordenamento brasileiro, respeitando-se as suas distinções - sob pena de acreditar em uma suposta *comommlização* do nosso direito. Lenio Streck e Georges Abboud resumem muito bem tal cenário:

Se de fato não é possível criar legislativamente o genuíno sistema de precedentes do *common law* porque ele é fruto de uma evolução histórica, fato é que o CPC elenca rol de provimentos vinculantes a serem observados na ocasião da decisão judicial²⁹.

Inegável que há nesses dispositivos clara obrigatoriedade de os juízes e tribunais observarem as próprias decisões, e principalmente as decisões dos tribunais superiores, na análise de novos casos. Não como conselhos ou boas razões, mas levando a sério as decisões judiciais anteriores: “No Brasil, há precedentes com força vinculante – é dizer, que a *ratio decidendi* contida na fundamentação de um julgado tem força vinculante. Estão eles enumerados no art. 927, CPC”³⁰.

A mudança de paradigma consiste em abandonar o caráter meramente exemplificativo da jurisprudência (precedentes persuasivos) para que as decisões assumam papel normativo no sistema atual (precedentes vinculantes). A finalidade está justamente em garantir racionalidade ao direito e, ao mesmo tempo, reduzir a discricionariedade judicial. Tal mudança representa uma evolução em relação ao direito jurisprudencial tão consagrado pela prática jurídica brasileira – em que o julgador era vinculado apenas à lei e ao seu livre convencimento, na sua falta³¹.

Nesse sentido, jurisprudência persuasiva é o conjunto de decisões reiteradas do tribunal que, sem força normativa formalmente vinculante, orientam o julgador subsequente em critérios possíveis de decisão, segundo seu convencimento subjetivo sobre as

²⁸As diferenças e similitudes entre o nosso sistema de *Civil Law* e o *Common Law* serão analisadas com mais profundidade no item 1.3.

²⁹STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?* Precedentes (Coleção grandes temas novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2015. cit. p. 176.

³⁰DIDIER JR; Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Curso de direito processual. Salvador: JusPodivm, 2014

³¹ZANETI JR, Hermes. Op. cit. p. 408.

razões adotadas³². Abordando o tema da força persuasiva dos precedentes, Pedro Miranda de Oliveira destaca que:

No Civil Law, diferentemente, o precedente tem apenas força persuasiva, servindo como diretriz para julgar. Essa é a força dentro do sistema jurídico brasileiro. Por essa razão, uma decisão pode distanciar-se da corrente jurisprudencial majoritária, sem comprometimento de sua higidez formal ou validade técnico-jurídica³³.

Segundo o código atual, contudo, verifica-se que essa não é mais a regra predominante. Na interpretação do CPC/2015, os precedentes normativos formalmente vinculantes (art. 927) são as decisões passadas (casos-precedentes) que tem eficácia vinculante para os juízes e tribunais subseqüentes (casos-futuros). E são de aplicação obrigatória, independente das boas razões da decisão. Em bom português, eles não valem como mero exemplo, mas obrigam.

Assim, precedentes normativos formalmente vinculantes para os juízes dos tribunais dos estados, por exemplo, serão as decisões do pleno do STF em matéria constitucional, e do órgão especial do STJ, em matéria infraconstitucional. Já as decisões de um tribunal estadual não serão precedentes para outros tribunais estaduais, servindo apenas como argumentos ou exemplos, ou seja, como jurisprudência persuasiva.

Como se percebe, a diferença entre os paradigmas não é pouca, nem sutil: jurisprudência persuasiva é baseada em bons exemplos de decisão, que podem ou não ser seguidos; precedentes formalmente vinculantes são de observação obrigatória.

Claro que o sistema estabelecido pelo novo código não desemboca numa total ruptura ou inutilidade da utilização do modelo de jurisprudência persuasiva – até porque existem muitas decisões que não são contempladas pelo art. 927, o que não significa que elas devam ser ignoradas.

Seja no *Civil Law*, seja no *Common Law*, é intrínseca à própria estrutura do Judiciário, bem como à função de cada tribunal (principalmente a dos tribunais superiores), a necessidade de que as suas decisões orientem os demais órgãos do Poder Judiciário³⁴. Mesmo para o sistema brasileiro, de tradição continental, é fundamental a ideia de que as decisões dos tribunais superiores devessem ser respeitadas. Em outras palavras, as

³²ZANETI JR, Hermes. Op. cit. p. 420.

³³MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. cit. p. 154.

³⁴MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Op. cit. p. 154.

orientações dos tribunais devem ser regularmente seguidas, ainda que, como regra geral, não sejam formalmente vinculantes³⁵.

De qualquer forma, fato é que o CPC/2015 alterou de forma significativa o sistema brasileiro de jurisprudência persuasiva. O art. 927 e incisos elencam os casos em que as orientações dos tribunais são de observância obrigatória; portanto, são normativos e vinculantes, e não meros exemplos de boas decisões.

Assim, pode-se identificar dois pontos que representam uma mudança: *a)* a vinculatividade dos precedentes (marcada pela sua obrigatoriedade); e *b)* o seu caráter de fonte formal do direito (pois os precedentes são reconhecidos como fonte do direito pela legislação processual, que determina sua aplicação normativa e vinculante)³⁶.

Por isso fala-se em precedentes formalmente vinculantes: em razão de ganharem o *status* formal de fonte do direito, estabelecido como tal pela própria legislação processual. Quer dizer, em igualdade com a lei, tais decisões podem (e devem) ser utilizados como fundamentação nas decisões judiciais.

³⁵LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederick Schauer*. Revista de Processo. Vol. 250. p. 383.

³⁶ZANETI JR, Hermes. Op. cit. p. 409.

1.3. O Brasil não está se transformando em um país de *Common Law*

Apesar de o objeto deste estudo não ser o tema “teoria dos precedentes”, parece fundamental estabelecer algumas premissas e distinções essenciais entre os sistemas de *Civil Law* (principalmente o brasileiro) e de *Common Law*, antes de prosseguir na problemática referente ao objeto preponderante da decisão que julga o IRDR.

A tradição de respeito às decisões judiciais tem, no *Common Law*, raízes históricas, as quais exercem papel central naquele sistema jurídico³⁷. Por sua vez, o sistema jurídico brasileiro, cuja estruturação sofreu influências sobretudo da tradição do *Civil Law*, foi construído com bases distintas quanto à importância da decisão judicial e seu caráter normativo. Comparando os dois sistemas, Marinoni afirma que:

Enquanto no *civil law* o declínio do jusnaturalismo racionalista deu origem à era da Codificação, no *common law* observou-se a idéia da criação judicial do direito (...) A superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo teve efeitos completamente diversos nos dois sistemas, tendo colaborado – certamente que em termos essencialmente teóricos – para a formação das concepções antagônicas de *jude bouche de la loi* (juiz boca-de-lei) e de *judge make law* (juiz legislador)³⁸.

O modelo *Common Law* está fortemente centrado na primazia da decisão judicial. E o magistrado é personagem essencial na consolidação do sistema³⁹. Vale dizer, é um sistema nitidamente *judicialista*. Ao mesmo tempo em que julga, o magistrado, de certa forma, legisla (daí a expressão *judge make law*), criando regras de decisão aplicáveis a outros casos similares. Em resumo, a principal fonte do direito é a produção judicial⁴⁰.

Comparativamente com o *Common Law*, os sistemas de *Civil Law* depositam maior confiança na lei escrita – o que não significa dizer que não haja lei escrita no *Common Law*, mas que elas exercem papéis diferentes nos dois sistemas⁴¹.

Já os tribunais do *Civil Law*, pelo menos na teoria tradicional, não criariam nem declarariam direito algum. Isso seria incumbência exclusiva do legislador, que cria a regra jurídica investido de legitimidade democrática. Prevalece, por assim dizer, a

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2011. cit. p. 17.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p. 51.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Op. cit. p.33

⁴⁰ OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo Sistema Recursal conforme o CPC/2015*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. cit. p. 150.

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. cit. p. 25.

reverência à lei⁴².

Note-se, portanto, que se tratou acima de tudo de uma busca por segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade nos dois sistemas, mas a forma como cada um o fez foi distinta. No *Common Law*, acreditava-se que a segurança viria da norma que os juízes criam ao respeitar decisões anteriores, respaldada por longa tradição histórica⁴³. O *Civil Law*, por sua vez, procurou manter o juiz preso à lei como uma forma de garantir segurança jurídica, sob o pressuposto de que a lei seria unívoca e que dela decorreria a certeza do direito⁴⁴.

Claro que, com o tempo, o *Civil Law* percebeu a impossibilidade dessa premissa. Nenhum código de lei jamais suprirá todas as situações fáticas que podem se apresentar e é natural que o juiz tenha que recorrer a fontes secundárias do direito para suprir lacunas e contradições⁴⁵. Além disso, destaque-se também a simples impossibilidade de se produzir texto legal que não dependa de interpretação. Seja redigida com cláusulas gerais ou restritas, a lei não tem (não pode ter) significado em si própria; ela é necessariamente o resultado de um processo interpretativo que dá sentido ao texto e extrai dele a norma (pois norma não é texto e texto não é norma; um pode existir sem o outro e vice-versa⁴⁶).

O que importa, por ora, é entender que cada sistema possui suas próprias peculiaridades, que devem ser levadas em consideração, sob pena de confusão conceitual e afirmações equivocadas. As origens de cada tradição denunciam suas principais diferenças, sobretudo quanto ao respeito pelas decisões judiciais, persistentes até hoje:

O *civil law*, por possuir sua formação relacionada ao direito romano canônico e o direito alemão medieval entre suas formas de criação legislativa, destaca-se o legislativo, alçando a lei a uma posição privilegiada perante as demais fontes do direito(...). O *common law*, por sua vez, elabora suas decisões em função das casuísticas dos tribunais de Justiça (...) Na realidade, não se trata, efetivamente, de hierarquia entre fontes do direito: o que de fato ocorre é que em virtude de sua própria evolução histórica, o Judiciário do *common law*

⁴²ROSSI, Julio Cesar. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015. cit. p. 156.

⁴³STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Op. cit. p. 25.

⁴⁴MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Op. cit. p. 148.

⁴⁵Guilherme Marinoni aponta como principais fatores que levaram à superação do paradigma cognitivista a ascensão da tutela jurídica dos direitos fundamentais sob a luz do constitucionalismo, desafio inédito para o julgador fincado exclusivamente na letra da lei, e as técnicas legislativas com cláusulas abertas, que apenas definiam parâmetros para que as decisões aplicassem o direito de acordo com as especificidades dos casos concretos (MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do CPC de 2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 56-66).

⁴⁶STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014. cit. p. 138.

não decide o caso concreto a partir da interpretação da lei sem lançar mão da cadeia de precedentes já existente⁴⁷.

No *Common Law*, então, a importância aos precedentes é fruto de uma longa tradição jurídica, desenvolvida durante séculos, pela qual os tribunais têm enorme respeito. Esse claramente não é o caso do Brasil, onde os próprios tribunais superiores alteram com frequência indesejável suas posições a respeito de temas jurídicos importantes⁴⁸. Por esse motivo, no sistema brasileiro o respeito pelas decisões judiciais se consagra, via de regra, por uma vinculação formal.

É equivocada, portanto, a afirmação de que não há mais diferença (ou mesmo uma radical aproximação) entre o *Common Law* e o *Civil Law* – principalmente aquela que diz que o Brasil está se transformando em um país de *Common Law*. Longe disso. Nas palavras de Michele Taruffo, tal conclusão seria “evidentemente absurda, ante as numerosas e relevantes discrepâncias que ainda subsistem”⁴⁹.

O que pode ser observado, contudo, é uma aproximação mais recente, notadamente quanto ao tema relativo à *decisão judicial e sua eficácia*. Mas essa aproximação não constitui uma radical ruptura com a tradição brasileira de direito codicista – e muito menos significa uma suposta *commonlização* do nosso direito. O que está ocorrendo, na verdade, é uma interpenetração, sem transmutação⁵⁰.

Segundo Sofia Temer, no sistema brasileiro (tradicionalmente de direito legislado), a crescente importância dada às decisões judiciais é de fácil constatação. Esse novo olhar decorre, dentre outros motivos: *a)* dos impactos do constitucionalismo, alterando-se a concepção do que é direito, jurisdição e da atividade exercida pelo juiz; *b)* da falência da concepção de que a lei seria suficiente e unívoca, dispensando-se, por isso, qualquer atividade interpretativa/criativa do direito; *c)* da inflação legislativa e da inatividade do legislador; e *d)* da crescente exigência de segurança jurídica, uniformidade e coerência na aplicação do direito⁵¹.

Ao mesmo tempo em que há crescente atribuição de importância e de reconhecimento de força normativa às decisões judiciais brasileiras, não se pode ignorar que

⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. Op.cit. p.28-29.

⁴⁸ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Op. cit. p. 154.

⁴⁹ TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law*. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. Revista de Processo. Vol. 110. Cit. p. 152.

⁵⁰ MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. Op. cit. p. 151.

⁵¹ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016. cit. p. 198-199.

os contornos e consequências desenhadas para nosso sistema são distintas daquelas do *Common Law*. Assim, é necessário se traçar algumas linhas divisórias em relação ao sistema anglo-saxônico, para se compreender o sistema brasileiro nos seus contornos específicos.

Sobre essas peculiaridades, Júlio Cesar Rossi afirma que o precedente judicial “à brasileira”, mantido pelo novo CPC em seu art. 927, não pode ser compreendido como os precedentes do *Common Law*. Isso porque, da forma como estão sendo criados e aplicados, eles possuem características *sui generis*, afastando-se dos moldes do *Common Law* e da jurisprudência persuasiva⁵².

Em primeiro lugar, é preciso perceber que há diferenças substanciais entre o sistema brasileiro e o sistema do *Common Law* no que se refere ao *momento* e à *caracterização* de uma decisão como precedente.

Via de regra, no sistema do *Common Law*, quem extrai um precedente de uma determinada decisão é o órgão ou o juiz posterior, por ocasião da aplicação de seus fundamentos no julgamento de um caso análogo. Vale dizer, não é possível se falar, *a priori*, que determinada decisão é um precedente. Nesse sentido, Nelson Nery Jr. e Georges Abboud destacam que:

Os Tribunais Superiores quando decidem um *leading case* não podem impor sua decisão às demais instâncias determinando que ela se torne um precedente à força. Quando Justice Marshall decidiu *Marbury x Madison*, ele não poderia prever que aquele caso se tornaria efetivamente o caso modelo para realização do controle de constitucionalidade⁵³.

Por outro lado, pode-se dizer que as decisões vinculantes do nosso sistema foram feitas para “ser precedente”. Isso porque o próprio CPC afirma em seu art. 927 que tais decisões deverão servir de padrão para todos os casos pendentes e futuros⁵⁴. Alexandre Câmara resume bem esse quadro:

Pode-se, assim, dizer que no Direito brasileiro, diferentemente do que acontece em outros ordenamentos, o precedente é criado ‘para ser precedente vinculante’. Pode-se até mesmo dizer que tais pronunciamentos são ‘precedentes de propósito’⁵⁵.

Como se vê, a diferença entre os dois sistemas é grande. No *Common Law*, a legitimação do precedente se dá pela tradição histórica e aplicação reiterada de uma

⁵²ROSSI, Julio Cesar. Op. cit. p. 154.

⁵³NERY JR, Nelson; ABBOD, Georges. *Stare decisis x direito jurisprudencial*. Novas tendências do processo civil. Salvador: JusPodivm, 2013. cit. p. 506.

⁵⁴TEMER, Sofia. Op. cit. p. 201.

⁵⁵CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. cit. p. 437.

decisão como precedente. Já no direito processual brasileiro, a lei estipula com antecedência quais decisões judiciais terão eficácia vinculante – e daí nasce sua legitimidade formal:

Ou seja, no *common law*, o que confere essa dimensão de precedente à decisão do Tribunal Superior é a sua aceitação pelas partes e pelas instâncias inferiores do Judiciário. Daí ele ser dotado de uma aura democrática, que o precedente à brasileira não possui, uma vez que, os provimentos vinculantes do NCPC já nascem dotados de efeito vinculante⁵⁶.

Assim, o que se instituiu no ordenamento brasileiro é muito diferente do que é seguido pela tradição consuetudinária. E não sem motivo. O sistema de precedentes foi instituído pelo novo CPC como uma tentativa de corrigir mazelas do Judiciário, em atenção aos seus problemas específicos. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron destacam que:

Vivemos um movimento invertido dos países do *common law*. Se lá se buscam cada vez mais técnicas para flexibilizar a alta estabilidade do uso dos precedentes (*stare decisis*), nós, do *civil law*, especialmente no Brasil, procuramos cada vez mais pensar em premissas para estabilizar nossa jurisprudência, diante de sua completa instabilidade e da falta de uma teoria dos precedentes adequada às nossas peculiaridades⁵⁷.

Assim, o Brasil não está se transformando em um país de *Common Law*, do mesmo modo que nosso sistema de precedentes não pode ser equiparado ao *stare decisis* do direito norte americano ou inglês.

Existem duas diferenças fundamentais, que dizem respeito ao momento de concretização do precedente e de sua autoridade: *a)* enquanto no *Common Law* uma decisão ganha o *status* de precedente somente com a sua utilização prática em um caso futuro, no sistema brasileiro a decisão judicial já nasce, desde o momento em que é proferida, como precedente; e *b)* o respeito pelos precedentes se dá através de uma eficácia formalmente vinculante – quer dizer, por força de lei não em razão de uma tradição histórica.

Isso não significa – é importante deixar claro – que nosso sistema seja inferior ou superior aos ordenamentos anglo-saxônicos, mas tão apenas diferente, com características próprias que devem ser observadas. O que se pretende afastar é o mito de que estamos simplesmente importando institutos do *Common Law*.

⁵⁶ ABBUD, Georges. *Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam*. Precedentes (Coleção grandes temas novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2015. cit. p. 404.

⁵⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. cit. p. 293.

Essa diferenciação é relevante para se interpretar e aplicar nossos institutos em atenção às suas peculiaridades e fundamentos, pois foram concebidos em atenção à realidade brasileira.

Mais do que isso: é importante para se terem claras as possíveis consequências (negativas) dessa natureza vinculante. Isso porque, ao contrário do que acontece no *Common Law*, não há espaço para que o precedente formalmente vinculante firme autoridade por conta própria. As decisões vinculantes (e aqui se enquadra a decisão tomada em IRDR) terão eficácia vinculante, pois a lei diz que terá, e ponto. É uma espécie de autoridade *ope legis*: decisão específica que é obrigatoriamente vinculante, independentemente de sua qualidade⁵⁸.

Não é necessário fazer um esforço muito grande para imaginar os problemas que podem nascer de uma situação como essa. É possível que a decisão do tribunal não seja a mais acertada ou que o órgão colegiado não se aprofunde suficientemente na questão. Mesmo assim, o efeito vinculante é inevitável em razão da disposição legal:

Vale dizer, por força legislativa (art. 927 do NCPC), no Brasil, diversas decisões judiciais já nascem vinculante independentemente da sua própria qualidade. Ou seja, ainda que não coerentes ou íntegras do ponto de vista da cadeia decisional, elas nascerão vinculantes⁵⁹.

Daí a importância premente de se definir os contornos da decisão do incidente (se apenas fixa a tese jurídica ou se também resolve o caso concreto): para se possibilitar uma boa aplicação amanhã, deve-se tentar garantir um julgamento adequado hoje.

⁵⁸ RESCHKE, Pedro Henrique. *Aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas: análise à luz do sistema de precedentes e do dever de fundamentação*. Monografia de especialização em Direito Processual Civil. Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – Núcleo de Pós-Graduação. cit. p. 57.

⁵⁹ ABOUD, Georges. Op. cit. p. 405.

CAPÍTULO 2

CONTORNOS PRINCIPIOLÓGICOS, PROCESSUAIS E PROCEDIMENTAIS DO IRDR

Basta um passar de olhos pelos artigos que regulam o IRDR para se perceber que o instituto possui características próprias, configurando verdadeira inovação trazida pelo novo Código. Assim, este capítulo se dedica a analisar tais particularidades, bem como os fundamentos que deram azo à alteração legislativa.

Para tanto, além de se apresentar os aspectos procedimentais e formais do incidente, também se demonstrará que pontos ele *não* se assemelha aos demais institutos existentes que tutelam casos repetitivos.

2.1. Fundamentos para criação de técnicas processuais especiais: insuficiência dos meios processuais tradicionais

As mudanças trazidas pelo CPC de 2015, referentes à resolução de casos repetitivos, apenas salientam a necessidade de se tutelar, de modo particular, uma problemática já existente no cenário jurídico brasileiro: de massificação e homogeneização das relações jurídicas, dos vínculos sociais e dos conflitos⁶⁰.

Existem relações jurídicas padronizadas, nas quais as pessoas são titulares de direitos muito similares, que são lesados ou ameaçados por condutas repetitivas, resultando na reprodução em massa, perante o Judiciário, de conflitos que possuem o mesmo desenho, com *causas de pedir e pedidos similares*.

Sobre o tema, Eduardo Talamini aponta o surgimento de situações em que uma imensa quantidade de pessoas é titular, individualmente, de um direito que é idêntico ao dos demais, surgindo situações em que essas pessoas têm, ao mesmo tempo, esses respectivos direitos ameaçados ou violados⁶¹. Esses são os chamados direitos individuais homogêneos.

⁶⁰ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016. cit. p. 31.

⁶¹ TALAMINI, Eduardo. *Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015*. Revista de Processo. Vol 241. cit. p. 337-358.

Ao mesmo tempo, também devido ao expressivo número de casos judicializados, pode-se observar repetição em massa de questões jurídicas pontuais, em processos com *causas de pedir e pedidos distintos*. Isso é o que Sofia Temer chama de zonas de homogeneidade nos litígios heterogêneos⁶².

Essas situações vêm impondo modificações importantes no ordenamento jurídico, sobretudo no sistema processual.

Não é segredo que o processo civil brasileiro foi desenhado pra solucionar conflitos de natureza estritamente individual, centrado na idéia da lide entre as partes do processo. Tal sistemática, contudo, demonstrou-se insuficiente para tutelar os conflitos contemporâneos marcados pela *repetitividade*:

De um lado, o procedimento não é, em regra, adequado, porque foi ordinariamente estruturado visando a uma completa e ampla cognição acerca de questões particulares, sobretudo de natureza fática, com o objetivo de entregar uma decisão judicial para cada caso concreto. (...) De outro, considerando-se o sistema numa perspectiva mais ampla, não é difícil perceber que estrutura judiciária não foi organizada e não está preparada para receber enxurradas de processos repetitivos e dar-lhes adequado tratamento e desfecho⁶³.

A única conclusão possível é de que o cenário vem se tornando cada vez mais preocupante, na medida em que a inadequada prestação jurisdicional acarreta falha na proteção das relações jurídicas⁶⁴ e impede o efetivo acesso à justiça.

A característica da repetitividade tornou necessária a adequação da técnica processual e reinvenção do processo judicial. O processo deve adequar-se às situações repetitivas, pois há problemas que atingem em massa uma grande quantidade de pessoas, acarretando número significativo de causas que versam sobre o mesmo tema⁶⁵.

Num primeiro momento, pensou-se que o processo coletivo pudesse abarcar todas as situações conflituosas repetitivas. Aliás, o processo coletivo já havia sido desenvolvido justamente pela necessidade de adequação da tutela tradicional aos casos repetitivos⁶⁶.

Porém a tutela coletiva não se demonstrou suficiente para solucionar todos os problemas relativos à litigiosidade em massa. Tanto por não ser possível tutelar, via

⁶² TEMER, Sofia. Op. cit. p. 32.

⁶³ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 33.

⁶⁴ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Estudos de direito processual*. Ed. Faculdade de Direito de Campos: 2005. cit. p. 225.

⁶⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O regime processual das causas repetitivas*. Revista de Processo. Vol. 179.

⁶⁶ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 34.

ação coletiva, todos os conflitos classificados como repetitivos⁶⁷, quanto por algumas fragilidades do sistema brasileiro de proteção coletiva.

É válido o pensamento de Heitor Sica, que aponta os motivos pelos quais o sistema coletivo (relativo aos direitos individuais homogêneos) não obteve sucesso em dirimir todos os casos de demandas repetitivas.

Segundo o autor, apesar de, em tese, nosso sistema processual de tutela coletiva seja um dos mais avançados do mundo, na prática são vários os problemas que impedem seu funcionamento adequado – sobretudo para o fim de excluir dos órgãos judiciários demandas individuais.

Há várias causas para tanto, continua ele, sendo as principais: *a)* há considerável chance de o jurisdicionado ignorar sentença coletiva que seria benéfica a ele; *b)* o cidadão pode eventualmente sair vencedor de lide individual a despeito da improcedência do possesso coletivo (que não lhe afeta); e *c)* entraves técnicos e econômicos que impedem a agilidade na tramitação da ação coletiva. Em resumo: sem tutela coletiva completa, adequada e suficiente, é inviável pensar que o jurisdicionado opte por não manejar processo individual⁶⁸.

Assim, tendo em vista tais fragilidades do sistema coletivo, foi redirecionado o desenvolvimento de técnicas processuais tradicionais, com a criação de novas técnicas para resolver as demandas marcadas pela repetitividade⁶⁹.

Tais mecanismos têm em comum o fato de que, ao invés de julgar cada caso particular, eles utilizam técnicas que permitem o julgamento dos casos de forma concentrada, com a posterior aplicação da decisão aos casos concretos⁷⁰. Ou seja, apesar de os mecanismos de resolução de demandas repetitivas se assimilarem, em certo nível, com a já existente ação coletiva, deve-se levar em consideração que são institutos distintos, com objetos distintos e técnicas distintas.

Não se nega que a ação coletiva marcou um grande avanço no sistema processual e que tenha contribuído significativamente para a resolução dos conflitos que

⁶⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos*. 4 ed. São Paulo: Ed. RT, 2014

⁶⁸ SICA, Heitor. *Congestionamento viário e congestionamento judiciário*. Revista de Processo. Vol. 236

⁶⁹ CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ação coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2015. cit. p. 325-328 e 408-411.

⁷⁰ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 37.

envolvam direitos individuais homogêneos; mas simplesmente se está afirmando que são técnicas processuais diferenciadas, que devem conviver com a ação coletiva.

Fato é que há um universo *limitado* de situações em que as demandas coletivas podem realmente ser utilizadas, tornando-se insuficiente esse meio processual para lidar com a proliferação de ações com idêntico teor jurídico, mas caráter individual. Ou seja, situações em que a massificação reside não na natureza do direito material controvertido, mas na multiplicidade de demandas existentes para tutelar situações homogêneas, seja ela da natureza que for:

As demandas repetitivas caracterizam-se por veicularem, em larga escala, situações jurídicas homogêneas. (...) Várias demandas individuais podem caracterizar-se como causas repetitivas. De igual modo, várias demandas coletivas podem caracterizar-se como causas repetitivas. O que importa não é o objeto litigioso, mas a homogeneidade, ou seja, a existência de situações jurídicas homogêneas. A litigiosidade de massa é o que identifica as demandas repetitivas, independentemente de o direito ser individual ou coletivo⁷¹.

O ponto é: o apego à dogmática tradicional – tanto no âmbito coletivo quanto no individual – não pode obstar o desenvolvimento de categorias mais apropriadas para resolução desses casos repetitivos.

Ao invés de forçar o Judiciário a manifestar-se repetidamente sobre a mesma situação jurídica, possibilitou-se que o julgamento de uma só causa se aplique a todas as outras. O objetivo primordial é privilegiar a celeridade, evitando que múltiplos feitos idênticos tenham que passar por todo o processo de instrução e julgamento em separado.

Nesse sentido, a *efetividade* do sistema processual – através da adequação aos conflitos que visa tutelar – deve ser o norte para o desenvolvimento das técnicas para resolução de demandas repetitivas⁷², com sustentáculo em direitos fundamentais que o legitimam enquanto técnica diferenciada à luz da Constituição Federal.

Segundo Sofia Temer, os pilares que justificam e permitem o julgamento de numerosos processos em que haja zonas de homogeneidade são a *isonomia*, a *segurança jurídica* e *celeridade processual*⁷³.

A isonomia se concretiza entre os jurisdicionados na medida em que as técnicas diferenciadas possibilitam tratamento uniforme às questões jurídicas comuns,

⁷¹CUNHA, Leonardo Carneiro. *Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil*. Revista de processo. São Paulo, v. 193. cit. p. 226-228.

⁷²TEMER, Sofia. Op. cit. p. 38-39.

⁷³TEMER, Sofia. Op. cit. p. 39.

assegurando idêntica interpretação e aplicação. Afinal, como bem ensina Nelson Nery Junior, a prestação jurisdicional díspar a casos idênticos constitui, senão a maior, uma das mais graves violações ao princípio da isonomia⁷⁴.

Por sua vez, a isonomia está ligada à estabilidade e previsibilidade da prestação jurisdicional, que concretizam a segurança jurídica. Criticando a ofensa à segurança jurídica em casos repetitivos, Guilherme Amaral traz importante entendimento:

Nos julgamentos das ações de massa, surge talvez a pior consequência para a segurança jurídica: a ausência de um julgamento concentrado das causas torna absolutamente imprevisível a sua solução. Cada juiz, uma sentença. Com isso, demandantes e demandados voltam a sua atenção e as suas suplicas para Brasília, cada um por si, porém num comportamento de manada, esperando que no dia e no órgão jurisdicional em que seu recurso for julgado sejam eles premiados pela sorte⁷⁵.

Justamente para se evitar decisões contraditórias para casos idênticos (ou que tenham uma questão jurídica em comum) é que se propõe o julgamento concentrado de tais questões, protegendo, assim, tanto o princípio da isonomia quanto o da segurança jurídica.

Por fim, destaca-se a possibilidade de consagrar também o princípio da razoável duração do processo. Tais técnicas têm potencial para reduzir significativamente o tempo de tramitação de inúmeros processos em que exista questão comum, pois permitem que o órgão julgador se dedique de forma mais aprofundada pra resolver determinada questão jurídica. Basicamente, evita que o judiciário analise diversas vezes a mesma questão.

Ainda sobre a celeridade, há de se destacar que o julgamento concentrado de causas repetitivas condiz com a racionalização da atividade judicial⁷⁶, inclusive quanto aos custos da litigiosidade em massa. Sérgio Arenhart afirma que o exame de uma questão que pode ser relevante para mais de um processo, salvo diante de situações especiais, não pode racionalmente ser enfrentado mais de uma vez pelo Judiciário⁷⁷.

Como se percebe, há vários fundamentos para o desenvolvimento de técnicas diferenciadas de resolução de demandas repetitivas. Contudo, tais técnicas somente se legitimarão na medida em que concretizarem esses fundamentos. Assim, tão importante

⁷⁴NERY JR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. cit. p. 99

⁷⁵AMARAL, Guilherme Rizzo. *Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas*. Revista de Processo. Vol. 196.

⁷⁶AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit. p. 236

⁷⁷ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção de direito individuais homogêneos*. 2 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais. 2014, cit. p. 153.

quanto sua estruturação e aplicação, é que o modelo pensado seja verdadeiramente capaz de concretizar os direitos fundamentais que visa proteger.

Por fim, uma observação necessária: não obstante os bons fundamentos, é sempre válido ter em mente que qualquer reforma processual caminha numa linha tênue do equilíbrio entre buscar um sistema *célere* e um sistema *seguro*, pois um passo muito grande em um sentido dificilmente ocorre sem que se abra mão do outro. É uma opção delicada, já que a massificação de demandas idênticas significa um sacrifício nas duas frentes:

Muito embora se possa sustentar que os valores efetividade e segurança apresentam-se frequentemente em conflito – no sentido de que a realização de um geralmente implica sacrifício, em alguma medida, do outro – é interessante notar que, com a massificação de litígios, efetividade e segurança são iguais e implacavelmente sacrificadas⁷⁸.

Assim, ainda que seja importante dar efetividade à celeridade, isso não quer dizer que seja preferível – ou sequer vantajoso – sacrificar a segurança jurídica de um ordenamento para tanto. Essa ponderação ganha especial importância para a discussão quanto ao objeto da decisão do IRDR, como será abordado com mais atenção no terceiro capítulo.

2.2. Afinal, o que são demandas repetitivas?

O micro sistema de resolução de demandas repetitivas, instaurado pelo CPC de 2015, destina-se às situações em que haja multiplicidade de processos que contenham controvérsia sobre áreas homogêneas.

Contudo, para fins deste estudo, é necessário delimitar o que seriam essas áreas de homogeneidade. Não se nega que existem aproximações metodológicas para se identificar os direitos tutelados pelo sistema de resolução de demandas repetitivas, e aqueles tutelados pelas ações coletivas.

Numa tentativa de identificar o que são demandas repetitivas para o sistema jurídico brasileiro, serão apresentadas as principais diferenças entre os chamados *direitos individuais homogêneos* e os *direitos tutelados pelo sistema de resolução de demandas repetitivas*.

Sobre a natureza dos direitos individuais homogêneos, parte da doutrina entende que possuem uma dimensão material própria, que se distancia dos direitos individuais clássicos e dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito. Apesar de não

⁷⁸ AMARAL, Guilherme Rizzo. Op. cit. p. 246.

haver total concordância entre tais autores quanto aos argumentos, o fundamento comum a todos é que existe, em certa medida, uma indivisibilidade do objeto tutelado na ação coletiva referente a direitos individuais homogêneos, bem como um grau de indeterminação dos sujeitos envolvidos no processo coletivo⁷⁹.

Além disso, a preocupação dos autores que defendem a natureza material dos direitos individuais homogêneos está na valorização da via coletiva como a mais adequada e efetiva para tutelar tais direitos, na medida que em se distancia dos direitos individuais e processo civil tradicional.

Sérgio Arenhart aponta essa questão ao analisar as vertentes doutrinárias que enxergam uma dimensão material coletiva nos direitos individuais homogêneos, sustentando que “a doutrina que sustenta natureza material de tais interesses, a rigor, está preocupada em permitir tratamento coletivo das questões, valorizando os interesses em questão”⁸⁰.

Apesar de ser uma preocupação em comum, entendemos, contudo, que a utilização da via coletiva não seja suficiente para justificar a existência de uma dimensão material própria.

Na verdade, os direitos individuais homogêneos, não sendo materialmente coletivos, assumem essa dimensão quando há seu agrupamento em uma via processual coletiva. Em outras palavras, o que há é uma “forma processualmente distinta de se tratar direitos individuais”⁸¹.

A percepção dos direitos individuais homogêneos com foco em sua dimensão processual iniciou-se a partir da identificação de características que os diferenciavam dos direitos coletivos clássicos (direitos difusos e direitos coletivos em sentido estrito)⁸².

Um dos principais responsáveis para essa diferenciação foi Barbosa Moreira. O processualista propôs a classificação em direitos *essencialmente* e *acidentalmente* coletivos. Segundo o autor, é *essencialmente* coletivo o interesse que:

⁷⁹CUNHA, Alcidez Munhoz da. *Evolução das ações coletivas no Brasil*. Revista de Processo, vol. 177, 1995. cit. p. 224

⁸⁰ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção de direito individuais homogêneos*. 2 ed. São Paulo:Revista dos Tribunais. 2014, cit. p. 141.

⁸¹ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 141.

⁸²TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016. cit. p. 52.

não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados (...) Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão da inteira coletividade⁸³.

Então, litígios essencialmente coletivos apresentam, sob o aspecto subjetivo, um número *indeterminado* de sujeitos, e, do ponto de vista objetivo, um objeto *indivisível*.

Por outro lado, afirma o processualista que são *acidentalmente* coletivos os interesses em que é possível distinguir individualmente os interesses os membros atingidos, de modo que pode o processo ter resultados não uniformes, justamente por que o objeto é divisível. Tais interesses podem assumir acidentalmente uma dimensão coletiva “em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do ‘impacto de massa’”⁸⁴.

A divisibilidade e a individualização dos sujeitos seriam, então, traços característicos dos direitos individuais homogêneos, diferenciando-os dos direitos essencialmente coletivos.

Ao estudar o assunto, Sofia Temer afirma que grande parte da doutrina converge no sentido de que os direitos difusos e coletivos em sentido estrito têm natureza transindividual, titularidade indeterminada (ou determinável), e objeto indivisível. Já em relação aos direitos individuais homogêneos *não* se observa a indeterminação de sujeitos ou a indivisibilidade do objeto⁸⁵.

Então, o que diferencia direitos individuais homogêneos dos direitos individuais em sentido estrito? A realidade é que não há nada que os diferenciem se analisados casos a caso, comparando-se cada demanda isoladamente.

A diferença entre eles reside no método processual aplicado para sua tutela. Apenas pela *análise macro da conflituosidade* (ou seja, pela verificação da situação

⁸³BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. Revista de Processo. Vol. 39, cit. p. 53-54.

⁸⁴BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Op. cit. p. 55

⁸⁵TEMER, Sofia. Op. cit. p. 53.

fática) é que se pode observar se há repetição de pretensões homogêneas, de origem comum e prevalência dessas em relação às particulares, a fim de se adotar a tutela coletiva⁸⁶.

Sérgio Arenhart afirma que a identificação de um direito como individual homogêneo “está ligada, exclusivamente, a questões processuais, ou seja, à maior ou menor utilidade em tratar de todos os interesses individuais (idênticos ou semelhantes) em um processo único”⁸⁷. Para o autor, os direitos chamados individuais homogêneos são uma forma processualmente distinta de se tratar os direitos individuais, através da aglutinação pela via coletiva⁸⁸.

Essa também é a posição de Carlos Fontes Cintra, que destaca que “a criação da categoria de direitos individuais homogêneos é apenas um recurso processual, como é o litisconsórcio ou a conexão, que serve como política processual a fim de garantir coesão decisória, acesso à Justiça e economia processual”⁸⁹.

Aliando-se a esse raciocínio, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes ensina que a proteção coletiva de direitos individuais deve atender aos “requisitos da prevalência das questões de direito ou de fato individuais e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença”⁹⁰.

O que permite, portanto, esse agrupamento – e a identificação da categoria – é a existência de origem comum e preponderância de questões homogêneas em relação às particularidades de cada pretensão divisível e subjetivamente determinada⁹¹.

Assim, além da origem comum, é necessário que haja simultaneamente preponderância das questões comuns sobre as particulares. Caso contrário, não se poderá empregar a via coletiva e, por consequência, não se poderá falar em direito individuais homogêneos, já que é a técnica da coletivização que os revestem de tal nomenclatura.

Contudo, não basta qualquer técnica processual para que direitos similares sejam caracterizados como individuais homogêneos. Para serem definidos como tal,

⁸⁶ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 54.

⁸⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 48-49.

⁸⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p. 141.

⁸⁹ CINTRA, Antonio Carlos Fontes. *Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização de interesses individuais*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 72, 2009. cit. p. 14

⁹⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. cit. p. 221

⁹¹ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 55.

devem ser inseridos no contexto normativo do processo coletivo brasileiro, formado sobretudo pelo CDC e pela Lei da Ação Civil Pública. É isso que delimitará a diferença dessa categoria dos direitos veiculados em demandas repetitivas.

Justamente por isso deve-se ler com cautela a expressão “questões comuns”, utilizada para caracterizar elemento pertinente tanto aos direitos individuais homogêneos quanto às demandas repetitivas. Sofia Temer é elucidativa nesse ponto:

Classificar todas as ‘questões comuns’ como ‘direitos individuais homogêneos’ pode prejudicar o desenvolvimento e sistematização do sistema de resolução de demandas repetitivas. O termo ‘direitos individuais homogêneos’ contém um significado próprio, vinculado ao contexto do processo coletivo (que é, novamente, o que o identifica), que carrega pré-compreensões que podem interferir negativamente na sistematização adequada de outras técnicas distintas das ações coletivas⁹².

Assim, ao se comparar *direitos individuais homogêneos* com *direitos veiculados em demandas repetitivas*, é um equívoco dar a mesma conotação ao termo “questões comuns”, pois cada espécie é tutelada em contextos distintos. Aquele deve ser analisado sob o prisma das ações coletivas; este, sob a luz do novo sistema instituído pelo CPC de 2015.

Aqui, resume-se uma conceituação importante: em se tratando de litigiosidade repetitiva, é possível subdividi-la em duas espécies, a saber, *a)* conflitos homogêneos (individuais e coletivos) com causas de pedir e pedidos similares; e *b)* conflitos heterogêneos (individuais e coletivos) que possuem questões comuns⁹³.

Ao se falar em direitos individuais homogêneos, então, deve-se ter em mente que a expressão “questões comuns” se remete a pretensões homogêneas. Ou seja, similitude das causas de pedir e pedidos entre as demandas repetitivas, porque referentes a situações análogas (demandas homogêneas)⁹⁴.

De outro lado, para o sistema processual do CPC de 2015, demandas repetitivas também compreendem demandas que não possuem causa de pedir e pedidos similares (demandas heterogêneas), mas que possuem zonas de homogeneidade relativas a uma ou algumas das questões discutidas em juízo⁹⁵.

⁹²TEMER, Sofia. Op. cit. p. 59.

⁹³TEMER, Sofia. Op. cit. p. 31.

⁹⁴TEMER, Sofia. Op. cit. p. 61.

⁹⁵CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. cit. p. 1420

Nesse sentido, o que classifica demandas como repetitivas, portanto, é a existência de questões comuns, de direito material ou processual. Perceba-se que “demandas” repetitivas, para nosso direito positivo, são processos que contém *questões jurídicas homogêneas*.

Vale dizer, não há a exigência de uma relação substancial padrão e tampouco de uniformidade em relação às causas de pedir e pedidos. O relevante, nesse contexto, é a *presença de controvérsia sobre ponto de direito que se repita em vários processos*⁹⁶.

Assim, verifica-se não se podem equiparar direitos individuais homogêneos com “questões de direito” veiculadas nas demandas repetitivas. No primeiro caso se exige uniformidade das *demandas*, e no segundo, tão apenas de *questões*.

2.3. O IRDR não é técnica de processo coletivo

Seguindo essa linha de raciocínio, outro ponto que merece destaque é que o sistema de resolução de demandas repetitivas não se destina a resolver aquelas demandas consideradas *coletivas* pelo nosso ordenamento.

Ainda assim, parte da doutrina define que o IRDR tem “natureza de incidente processual coletivo” – como Marcos Cavalcanti, por exemplo⁹⁷. Para eles, o incidente passou a ser assimilado como mais um mecanismo de resolução de direitos individuais homogêneos⁹⁸.

Contudo, essa não parece ser a melhor qualificação do instituto. Isso porque o IRDR tem particularidades que o afastam da técnica coletiva. Embora seja inegável que há uma dimensão coletiva no incidente, que decorre da repetição das mesmas questões em diversos casos (o que fundamenta o uso do instituto).

Ao contrário do processo coletivo, no IRDR não há uma junção de situações concretas comuns para julgamento único⁹⁹, ou seja, não há uma coletivização. Andrea Barbosa e Diego Cantoario compartilham dessa posição. Segundo os autores, no

⁹⁶ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016. cit. p. 63.

⁹⁷ CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução d demandas repetitivas e ações coletivas*. Salvador: JusPodivm, 2015. cit. p. 504.

⁹⁸ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Conceito de processo jurisdicional coletivo*. Revista de Processo. Vol. 229, 2014.

⁹⁹ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 93.

incidente não são aglutinadas demandas singulares em uma demanda única. Embora tenha semelhanças ao processo coletivo, que tutela direitos individuais homogêneos, diferencia-se deste na medida em que não haverá uma reunião de “demandas-átomo” em uma determinada “demanda nuclear”¹⁰⁰.

Perceba-se: no IRDR há apenas a análise e julgamento de uma questão comum a todos os processos, deixando-se de lado as demais causas de pedir e pedidos. Em linhas simples, se a questão comum repetitiva é “A”, apenas “A” será apreciada. Os demais pontos controvertidos, como “B” ou “C”, não serão objeto do incidente. Essas outras questões serão apreciadas de forma ordinária por seus respectivos juízos, e apenas a questão repetitiva “A” já estará apreciada pelo IRDR. Pode-se dizer que a decisão do IRDR constituirá apenas *capítulo de sentença* nas demandas originárias.

Assim, o que caracteriza o incidente não é a associação de lides, como se vê nas ações coletivas (com causas de pedir e pedidos similares), mas sim a resolução de uma questão jurídica homogênea repetitiva, que produz efeitos em diversos processos pendentes e futuros. Apenas no âmbito das ações coletivas é possível se falar em uma reunião de ações¹⁰¹.

Nas ações coletivas tem-se a análise e resolução de todas as demandas reunidas, em uma sentença única. Assim, nas eventuais liquidações e execuções individuais, não haverá novo julgamento da demanda (ou sequer de parte dela), porque este já ocorreu na ação coletiva, mas apenas a quantificação dos danos¹⁰².

No IRDR não há que se falar em liquidação ou execução da decisão, porque ela não constitui título executivo para todos os casos. Enquanto na ação coletiva essas consequências decorrem naturalmente da sentença coletiva, no IRDR decorrerão apenas quando da aplicação da decisão aos casos pendentes e futuros por outros juízos. Sobre o tema, vale destacar novamente a posição de Andrea Barbosa e Diego Cantoario:

Entre o IRDR e ações coletivas a diferença é de todo fundamental (...) A projeção *erga omnes*, no incidente, é só da razão de decidir, não da coisa julgada. Cada juiz deverá decidir a demanda suspensa à luz da premissa

¹⁰⁰ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais*. O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa. Rio de Janeiro: Forense, 2011.cit. p. 500-502.

¹⁰¹ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Op. cit. p. 500-502.

¹⁰² TEMER, Sofia. Op. cit. p. 94.

assentada no incidente. É só a compreensão da questão jurídica que vincula e não a decisão da ação paradigma em si¹⁰³.

Ou seja, no IRDR não há aglutinação de ações. É preciso salientar essa diferença sob pena de equiparar o incidente às ações coletivas que tutelam direitos individuais homogêneos, pois não há propriamente um somatório ou união¹⁰⁴.

Como afirmado mais acima, não se nega que haja uma dimensão coletiva no incidente – até porque o IRDR só se justifica quando exista uma repetição que afete uma coletividade. Além do pressuposto da instauração ser a manifestação coletiva do problema, percebe-se também uma eficácia que tem um aspecto alargado, num resultado que pode se chamar de “coletivo”¹⁰⁵.

Porém, apesar dessas aproximações, existem diferenças significativas entre o objeto do IRDR e das ações coletivas, que devem ser observadas. Caso contrário, poderá prejudicar a melhor utilização e desenvolvimento do instituto.

2.4. Aspectos processuais e procedimentais do IRDR

O CPC de 2015 prevê o IRDR em seus artigos 976 a 987. O objetivo aqui é expor as principais questões processuais e procedimentais atinentes ao IRDR, estabelecendo as bases para o restante do trabalho.

2.4.1. Cabimento: existência de efetiva repetição de demandas

Como dito, a função do IRDR é selecionar uma entre diversas demandas repetitivas e resolvê-la, realizando um julgamento que servirá de paradigma para todos os outros casos semelhantes.

Para tanto, há dois requisitos previstos pelo art. 976¹⁰⁶ do CPC: *a)* é necessária a existência de efetiva repetição de demandas jurídicas; e *b)* o potencial de que

¹⁰³ BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. Op. cit. p. 502.

¹⁰⁴ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 95.

¹⁰⁵ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 95.

¹⁰⁶ Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (...) In: Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

essas demandas sejam resolvidas de forma contraditória entre si, gerando insegurança jurídica e quebra de isonomia entre os jurisdicionados.

O incidente de resolução de demandas repetitivas poderá ser instaurado, como visto, quando houver *efetiva repetição de processos* que contenham a *mesma questão jurídica*, gerando risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (art. 976, CPC/2015)¹⁰⁷.

Na versão aprovada pelo Senado, havia previsão de que o incidente poderia ser instaurado quando houvesse controvérsia com *potencial* de gerar multiplicidade de processos – requisito que foi objeto de muitas críticas. Não cabe, neste estudo, reavivar tal discussão. O que importa saber, ao final, é que a expressão *potencial* foi afastada por se entender que o incidente preventivo não seria o modelo ideal, por obstar a prévia e necessária discussão sobre a matéria de direito¹⁰⁸.

Discussão mais interessante (e mais vívida atualmente entre os juristas) diz respeito ao *momento* em que o IRDR está maduro ara ser instaurado. A discussão refere-se à possibilidade (ou não) de o incidente ser instaurado em primeiro grau.

Alguns doutrinadores vêm defendendo a necessidade de existência de causa pendente no tribunal para instauração do IRDR. Essa exigência é atribuída principalmente à redação do parágrafo único do art. 978¹⁰⁹, que dispõe que “o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”.

Quer dizer, segundo o dispositivo, necessariamente o incidente teria que ser instaurado a partir de uma causa *existente no tribunal*. A justificação reside na ideia de que se evitaria que o incidente tivesse caráter preventivo, porque já haveria, via de regra, decisões conflitantes.

Contudo, parece que o melhor entendimento acerca da questão é o que permite a instauração do incidente sem que haja, necessariamente, causa pendente de julgamento no tribunal.

¹⁰⁷ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 101.

¹⁰⁸ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 102.

¹⁰⁹ Art. 978. *O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.* In: Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16.03.2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm.

Isso porque no Senado Federal fez-se questão de retirar da versão final do CPC a expressão “o incidente somente pode ser suscitado na pendência de qualquer causa de competência do tribunal”, presente no art. 988, § 2º, do substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL n. 166/2010. Para justificar essa exclusão, o Senado Federal explicitou que

Os §§ 1º, 2º e 3º do art. 988 do SCD desfiguram o incidente de demandas repetitivas. Com efeito, é nociva a eliminação da possibilidade da sua instauração em primeira instância, o que prolonga situações de incerteza e estimula uma desnecessária multiplicação de demandas, além de torná-lo similar à hipótese de uniformização de jurisprudência¹¹⁰.

Ora, embora não sejamos adeptos da tendência de buscar a “vontade do legislador” para compreender o sentido da lei, parece incoerente continuar defendendo a existência de um requisito que foi clara e expressamente retirado da versão aprovada e sancionada do Código.

Além disso, a instauração do IRDR em primeiro grau não torna o incidente “preventivo” – o que implicaria na inexistência de discussão sobre a matéria. Aliás, a existência de causa pendente no tribunal, embora possa ser um indicativo de que a questão foi suficientemente debatida e que há decisões divergentes sobre o tema, não é prova disso. É possível ter causa pendente no tribunal sem efetiva repetição e sem decisões prévias – como nos casos de competência originária.

Nesse ponto, percebe-se que o *caput* do art. 976 expõe a obrigatoriedade de os requisitos da *efetiva repetição* e do *risco à isonomia e à segurança jurídica* ocorrerem simultaneamente, mas difícil imaginar uma *situação concreta em que um exista sem o outro*.

Quer dizer, é natural que uma situação jurídica inédita seja resolvida de formas distintas quando ela é enfrentada por um sem-número de juízes singulares – até porque esses magistrados não estão vinculados às decisões uns dos outros¹¹¹. A pacificação, naturalmente, se dará quando a causa for analisada pelos tribunais de segundo grau, em nível estadual, e pelos tribunais superiores, em nível nacional.

¹¹⁰ Senado Federal, Parecer n. 956, de 2014. Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=159354&tp=1>

¹¹¹ RESCHKE, Pedro Henrique. *Aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas: análise à luz do sistema de precedentes e do dever de fundamentação*. Monografia de especialização em Direito Processual Civil. Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – Núcleo de Pós-Graduação. cit. p. 44.

Dentro da lógica do *convencimento motivado*¹¹² que orienta nosso sistema, é natural que – na inexistência de um precedente vinculante sobre a questão – dessa multiplicidade de análises surja uma multiplicidade de soluções jurídicas para casos idênticos. E essa controvérsia é o primeiro momento na construção da pacificação do precedente. As partes insatisfeitas fatalmente recorrem dessas decisões, que são uniformizadas em âmbito estadual pelos tribunais de segundo grau, e em âmbito nacional pelo STJ e STF¹¹³.

No caso do IRDR, o caminho é muito semelhante, com a diferença de que a uniformização se dá antes da fase recursal. Verificada a multiplicidade de demandas idênticas, o incidente é suscitado e o órgão competente de imediato pacifica a questão, através de um julgamento que deverá ser observado e aplicado nos demais casos semelhantes.

Portanto, em praticamente qualquer situação, percebe-se que a dissidência jurisprudencial anterior à pacificação é *inevitável* – e, mais do que isso, salutar. Isso porque esse momento inicial de discordância é o que permite o amadurecimento das discussões relativas à questão de direito repetitiva e garante que a formação do precedente seja a mais acertada possível. Não há violação da isonomia porque essa falta de uniformidade é *necessariamente temporária*, uma etapa na construção gradual de uma interpretação dominante dentro do sistema:

É salutar, portanto, um *período de maturação e sedimentação* das ideias, propiciado pela dinâmica natural do sistema. (...) Uma vez fixada a orientação uniformizadora, aquele entendimento deveria ganhar *status* de precedente *obrigatório* tanto para a própria Corte que o formou quanto, e principalmente, para o restante do sistema¹¹⁴.

Ora, se dentro da construção do precedente “tradicional” é saudável permitir um tempo de discussão para que a tese jurídica amadureça¹¹⁵, tanto mais quando se fala em IRDR – afinal, trata-se de um julgamento de um único caso que terá força de precedente vinculante para todos os casos semelhantes que forem apreciados no futuro.

¹¹² Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento. In: Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16.03.2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm.

¹¹³ SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. Direito jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 156-157.

¹¹⁴ SANTOS, Evaristo Aragão. Op. cit. p. 171

¹¹⁵ Para uma análise mais detida da formação vertical e dinâmica do precedente no direito brasileiro, ver: RESCHKE, Pedro Henrique. *Ação rescisória e uniformização jurisprudencial: crítica à “doutrina da interpretação razoável” e à aplicação irrestrita da Súmula 343/STF*. 2013. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina.

Por isso, é adequado que o julgamento ocorra quando já exista alguma discussão sobre o assunto. Não sem motivo o art. 976, I, do CPC, utiliza a expressão “efetiva repetição de processos”. Nesse sentido, destaca Leonardo Carneiro da Cunha:

Impõe-se, por tais razões, interpretar o *texto* contido no dispositivo de maneira a dele extrair a *regra* que reclame a prévia existência de sentenças conflitantes, para que se possa instaurar o incidente. Noutros termos, cumpre conferir ao dispositivo interpretação teleológica, com vistas a dele extrair maior rendimento¹¹⁶.

Em alinhamento – e principalmente em complementação – ao pensamento acima, vale destacar o entendimento do Fórum Permanente de Processualistas Civis, exposto em seu enunciado n. 87:

A instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica.

Perceba-se: quando se fala na necessidade de *efetiva* multiplicidade de demandas, o que se discute não é o número de demandas em si, mas sim o “risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica” que decorre de uma multiplicidade de respostas a uma mesma demanda¹¹⁷. Nessa linha, logicamente é mais provável que esse risco exista num universo maior de demandas, mas nada impede que um grupo pequeno de causas idênticas seja suficiente para gerar respostas jurisdicionais distintas – e, se for este o caso, admite-se o incidente, ainda que sem causa pendente no tribunal.

¹¹⁶CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil*. Revista de processo, São Paulo, v. 193, pp. 227-251.

¹¹⁷RESCHKE, Pedro Henrique. Op. cit. p. 44.

2.4.2. Legitimidade para instaurar o incidente

Identificada a controvérsia, o incidente pode ser proposto pelo próprio juiz singular ou pelo relator do feito em segundo grau de jurisdição, através da expedição de ofício ao presidente do tribunal competente para o julgamento, ou ainda pelas partes, Defensoria Pública ou Ministério Público, através de simples petição (art. 977 do CPC¹¹⁸). Sobre essa questão, vale trazer as palavras de Leonardo Carneiro da Cunha:

A propósito, cumpre lembrar que a legitimidade ou legitimação permite que alguém possa agir em *certa situação* e perante outra pessoa determinada. Em outras palavras, legitimidade é um *estar em face de*. A legitimidade supõe certa relação entre o sujeito e o conteúdo concreto do ato. A legitimidade é, enfim, examinada concretamente, devendo ser confrontada com a específica situação submetida ao crivo judicial¹¹⁹.

Ou seja, a legitimidade para propor uma ação é idêntica à legitimidade para suscitar um incidente. Assim, há legitimidade das partes para propor o IRDR apenas na medida em que houver *pertinência subjetiva* do suscitante em relação ao julgamento da questão jurídica repetitiva pelo tribunal. Aqui, a própria lógica socorre tal conclusão: pouco sentido faria que o IRDR fosse suscitado numa causa onde se discute matéria jurídica alheia ao que se pretende discutir no incidente.

Mais interessante é a discussão sobre a legitimidade do Ministério Público. Mesmo que as questões repetitivas no incidente possuam contornos distintos dos direitos individuais homogêneos (conforme visto no *item 2.2.*), ainda assim pode se verificar uma convergência entre as situações em que o MP pode suscitar o IRDR e aquelas onde ele poderia propor ação civil pública a fim de tutelar o direito individual homogêneo em discussão – isso porque a Constituição só menciona os direitos difusos e coletivos¹²⁰.

Assim, a resposta relativa ao incidente dependerá do que se entende, à luz da Constituição, sobre a legitimidade do MP para propor ação coletiva que tutele direito individual homogêneo.

¹¹⁸ Art. 977. *O pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: I - pelo juiz ou relator, por ofício; II - pelas partes, por petição; III - pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição (...)* In: Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16.03.2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

¹¹⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 233.

¹²⁰ Art. 129. *São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.* In: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constitui%C3%A7%C3%A3o&AutoFramed>

Na prática, a ausência de previsão constitucional não tem sido óbice para que se aceite a propositura de ação coletiva para tutelar interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público. A discussão que persiste é sobre a existência e identificação dos limites desta legitimidade¹²¹.

Nesse sentido, tem prevalecido a noção de que o único requisito é que fique demonstrado o “relevante interesse social” daquele direito em específico. Vale dizer, é possível a instauração do incidente pelo Ministério Público desde que comprovado seu interesse no caso concreto:

Quer isso dizer que a legitimidade do Ministério Público para suscitar o incidente de resolução de demandas repetitivas deve, na mesma linha da legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública em defesa de interesses individuais homogêneos, ser aferida concretamente, somente sendo reconhecida se transparecer, no caso, relevante interesse social¹²².

Serve como mais uma prova da *transcendência dos interesses do caso concreto* a previsão normativa de que o Ministério Público assumirá o polo ativo da demanda em caso de desistência ou formulação de acordo entre as partes (art. 976, § 2º). Sistemática idêntica à da ação popular. Vale dizer: é do *interesse de toda a sociedade que o tribunal julgue o incidente*.

Inclusive, Guilherme Marinoni traz entendimento interessante quanto à *obrigatoriedade* de o Ministério Público em atuar da tramitação do incidente. O autor acusa o IRDR de violar o contraditório na medida em que há a possibilidade de ser proferida uma decisão sem que tenham participado do processo todas as partes diretamente atingidas e interessadas pelo julgamento. Essa mácula apenas seria sanada com a presença obrigatória dos constitucionalmente legitimados a tutelar direitos individuais homogêneos:

O Código de Processo Civil, ao regular o incidente de resolução de demandas repetitivas, não prevê a necessidade da presença de um ente legitimado à tutela dos direitos dos litigantes presentes nos casos pendentes (...) Não há razão para obscurecer a realidade: no incidente de resolução de demandas repetitivas julga-se questão de muitos em processo de alguns. Como é óbvio, se no Estado Democrático de Direito a participação é indispensável requisito de legitimação do exercício do poder, não há como imaginar que uma decisão – ato de positivação do poder estatal – possa gerar efeitos em face de pessoas que não tiveram oportunidade de participar (...) Por isso, a melhor alternativa é tornar presentes no incidente de resolução de demandas repetitivas os

¹²¹ RESCHKE, Pedro Henrique. Op. cit. p. 45.

¹²² CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 235.

legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos – conforme Lei da Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor¹²³.

Por fim, quanto à Defensoria Pública, destaca-se que sua legitimidade também não é ilimitada. A legitimidade deve ser analisada sob a luz da função constitucional daquele órgão – responsável pela advocacia pública de proteção e tutela jurídica dos interesses dos necessitados, a fim de que a carência econômica ou técnica não seja óbice à concretização do direito fundamental de acesso à justiça¹²⁴.

Assim, além do *relevante interesse social* (pois também no caso da Defensoria a Constituição só menciona os interesses difusos e coletivos), para que a Defensoria possa manejar o incidente é necessário que o IRDR esteja “relacionado com alguma causa que tenha pessoa carente de recursos financeiros como parte ou que diga respeito à questão jurídica que interesse aos necessitados”¹²⁵.

2.4.3. Seleção da(s) causa(s) paradigma

O item anterior ocupou-se da questão relativa a *quem* pode propor o incidente, mas há outra questão relevante: qual, ou quais, é ou são as causas mais adequadas para que se instaure o incidente? A questão é essencial e se iguala em importância aos cuidados que devem ser tomados durante o julgamento propriamente dito:

Essa seleção da causa-teste tem importância crucial na efetividade do julgamento do incidente. De um lado, ao escolher para afetação ao procedimento dos repetitivos um processo inadequado, também a decisão do incidente pode não vir a ser a melhor solução da controvérsia de massa, com evidente impacto sistêmico deletério pela multiplicação da conclusão a todos os outros processos. Por outro lado, quando diante de litigantes habituais, que podem estrategicamente optar por um de seus muitos processos como aquele a partir do qual provocarão o incidente, abre-se espaço para certo direcionamento da cognição no incidente a favor do interesse que desejem ver prevalecer¹²⁶.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos*. Revista de Processo. Vol. 249, nov/2015, pp. 399-419.

¹²⁴ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. In: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, disponível em <https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/viwTodos/509f2321d97cd2d203256b280052245a?OpenDocument&Highlight=1,constitui%C3%A7%C3%A3o&AutoFramed>

¹²⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 236.

¹²⁶ CABRAL, Antonio de Passos. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. Revista de processo, São Paulo, v. 231. pp. 201-223.

Quer dizer, o primeiro passo para que se chegue à decisão mais adequada e completa possível está em escolher o caso mais adequado, garantindo que a discussão seja travada a partir de um ponto de vista imparcial e afastado de qualquer interesse que não seja o de tomar a melhor decisão possível.

Infelizmente, o CPC de 2015 não dedicou nenhum dispositivo a esta etapa do procedimento. À primeira vista, então, o incidente aparenta contentar-se em realizar o julgamento do incidente na primeira causa em que ele for suscitado¹²⁷. Por óbvio, essa não seria uma solução adequada.

Como é um tema relativamente novo, não há amplo enfrentamento na doutrina. Em obra recente, Antonio do Passo Cabral propõe que a seleção da causa paradigma respeite “dois vetores básicos”: *a) a amplitude do contraditório* (entendida como a completude, qualidade e diversidade dos argumentos apresentados, bem como o exercício do efetivo contraditório na origem, sem restrições à cognição e à prova); e *b) a pluralidade e representatividade* dos sujeitos do processo originário (pelo que se deve dar sempre preferência ao julgamento de feitos ajuizados por órgãos representativos em detrimento dos individuais)¹²⁸. Conjugando ambas as idéias, chega-se a conclusão que:

Em um processo originário em que tenha havido uma ampla participação, com audiências públicas, intervenção de *amicus curiae*, vários sujeitos debatendo e controvertendo as argumentações uns dos outros, é evidente que o contraditório mais operoso apresentará ao Tribunal julgador do incidente um material mais qualificado para decisão, reduzindo ainda as necessidades de mecanismos para mitigar o déficit de contraditório no curso do próprio incidente¹²⁹.

Em virtude da importância de todas as questões aqui mencionadas, é absolutamente essencial que “a decisão que escolhe a causa que servirá como paradigma seja amplamente fundamentada”¹³⁰. Quer dizer, deve-se explicar quais as características intrínsecas de um caso que o levaram a ser escolhido em detrimento de outros.

¹²⁷ RESCHKE, Pedro Henrique. Op. cit. p. 47.

¹²⁸ CABRAL, Antonio de Passos. Op. pp.207.

¹²⁹ CABRAL, Antonio de Passos. Op. cit. p.210.

¹³⁰ RESCHKE, Pedro Henrique. Op. cit. p. 48.

2.4.4. Julgamento e regime recursal

O incidente é suscitado perante a presidência do tribunal competente para julgar a causa, nos termos do art. 977, *caput*, do CPC. A competência para o *julgamento* do incidente, porém, é definida regimentalmente – o órgão colegiado responsável pelo julgamento do IRDR será aquele que tem a atribuição regimental de uniformizar a jurisprudência.

Antes do julgamento do mérito do incidente, o órgão colegiado – não o relator – procede ao julgamento de admissibilidade, verificando se estão preenchidos os pressupostos de admissibilidade do IRDR. Nesse sentido concluiu o Enunciado n. 91 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Cabe ao órgão colegiado realizar o juízo de admissibilidade do incidente de resolução de demandas repetitivas, sendo vedada a decisão monocrática”.

Inclusive, deve ser analisada a “conveniência”¹³¹ de se instaurar o incidente. Quer dizer, em certo grau, é uma análise amplamente *subjetiva*: cabe ao tribunal decidir se enxerga utilidade na utilização do IRDR naquele caso concreto e naquele momento temporal.

Aluisio Mendes e Roberto de Aragão Rodrigues descrevem que esse juízo de admissibilidade, apesar de político, não se traduz em *arbitrariedade*. Ainda que tratando do anteprojeto, a lição dos processualistas se aplica ao CPC vigente:

Ao contrário, realizando-se uma interpretação sistêmica dos dispositivos que regulam o instituto, parece possível concluir que, uma vez preenchidos os requisitos estabelecidos pelo *caput* do art. 930 [atualmente art. 976, incisos I e II] (...), a instauração do incidente consistirá em poder-dever para os órgãos de cúpula dos tribunais¹³².

Quer dizer, a subjetividade está no reconhecimento das hipóteses do art. 976¹³³, por serem elas conceitos jurídicos indeterminados. Se o tribunal entendê-los preenchidos, a instauração do incidente é obrigatória¹³⁴.

¹³¹CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 242.

¹³²MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previstas no Projeto de novo Código de Processo Civil*. Revista de processo, São Paulo, v. 211. pp. 191-208.

¹³³Art. 976. *É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (...)* In: Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

Depois de admitido o incidente, o art. 982, I, prevê que o relator “suspenderá os processos pendentes”, sejam eles de natureza individual ou coletiva, que versem sobre a tese jurídica discutida, e que estejam dentro do âmbito de atuação do tribunal que julgará o IRDR.

O comando na voz imperativa não dá espaços para discricionariedade: o magistrado *deve* suspender todos os feitos pendentes. Isso é pressuposto lógico para o funcionamento do IRDR, cujo objetivo é exatamente o de incentivar a congruência jurisprudencial.

Claro que a suspensão não é eterna. Se o tribunal demonstrar-se incapaz de julgar o incidente num intervalo razoável de tempo, será necessário privilegiar também o direito de acesso à justiça dos litigantes individuais. Por isso, o art. 980, parágrafo único¹³⁵, estabelece que cessa a suspensão se o incidente não for julgado no prazo de um ano – salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário (o que esvaziou a estipulação do prazo, pois basta o tribunal proferir decisão pela continuidade da suspensão para julgamento).

Suspensos os feitos individuais, abre-se a fase de julgamento propriamente dita. Aqui, salta aos olhos a preocupação do legislador em emprestar *legitimidade* à decisão proferida no incidente – obviamente não a legitimidade processual, mas no sentido político, algo semelhante à *autoridade material da decisão*¹³⁶. Nesse sentido, há diversas ferramentas que objetivam construir uma decisão completa, enfrentando todas as questões e ouvindo todos os interessados. Essa preocupação é que estampa as boas intenções na criação do incidente, cujo objetivo não é apenas de resolver uma pilha de questões jurídicas idênticas, mas de tentar resolvê-las *adequadamente*.

Exemplo disso está no amplo contraditório, que é característica marcante do incidente. O relator pode ouvir o juiz de primeiro grau que julgou a causa ou o

¹³⁴ RESCHKE, Pedro Henrique. Op. cit. p. 49.

¹³⁵ Art. 980. *O incidente será julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus. Parágrafo único. Superado o prazo previsto no caput, cessa a suspensão dos processos prevista no art. 982, salvo decisão fundamentada do relator em sentido contrário.* In: Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

¹³⁶ RESCHKE, Pedro Henrique. Op. cit. p. 50.

Ministério Público, que devem se manifestar no prazo de 15 dias (art. 982, I e II, do CPC¹³⁷); além da possibilidade de interação dos “demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias” (art. 983, *caput*, do CPC); incentivando inclusive a participação do *amicus curiae* e a designação de audiência pública (art. 983, § 1º, do CPC¹³⁸).

Não há dúvidas de que os dispositivos regulamentadores do julgamento do IRDR fazem o máximo para garantir que a decisão seja construída com a participação da sociedade e, na medida do possível, de todos os interessados, marcando verdadeiro exemplo de *processo civil cooperativo*¹³⁹.

Em relação ao regime recursal do IRDR, há dois momentos distintos que devem ser estudados: *a)* a solução do paradigma; e *b)* em seguida, sua aplicação aos casos subsequentes.

Quanto ao caso paradigma, o julgamento poderá ser enfrentado pela interposição do competente recurso especial ou extraordinário para apreciar o mérito¹⁴⁰. Nesse sentido, o recurso excepcional interposto pela parte interessada será julgado pelo regime dos recursos repetitivos¹⁴¹. Ou seja, a decisão do tribunal superior deverá ser observada e aplicada

¹³⁷ Art. 982. Admitido o incidente, o relator: I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso; II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias; III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. In: Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16.03.2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

¹³⁸ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria (...) In: Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

¹³⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit. p. 245.

¹⁴⁰ Aluisio Mendes e Roberto de Aragão Rodrigues afirmam que o regime do recurso é em tudo idêntico às demais situações, exceto pela rigidez dos filtros de admissibilidade. Se um caso concreto foi julgado em regime de IRDR, é certo que algumas das barreiras que impedem a admissão dos apelos excepcionais são suavizadas. Em se tratando de recurso extraordinário, por exemplo, a *repercussão geral* será presumida, pela relevância daquele julgamento perante toda a sociedade (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previstas no Projeto de novo Código de Processo Civil*. Revista de processo, São Paulo, v. 211. pp. 191-208).

¹⁴¹ Pedro Reschke afirma que a “questão não é posta nesses termos pela lei, mas o § 2º do art. 987 não deixa dúvidas ao dizer que o julgamento pelo STJ ou STF terá força vinculante em todo o país – é exatamente o que

aos casos semelhantes futuros, com eficácia em todo o território brasileiro. Por óbvio, o resultado final é que a decisão do tribunal superior sobrepõe-se à da corte estadual.

De maior interesse é o regime recursal da decisão que aplica a tese paradigma aos casos semelhantes subsequentes. As decisões proferidas em cada um dos casos concretos que estavam suspensos e nas ações propostas no futuro são controláveis por meio da *reclamação* direcionada ao tribunal que fixou a tese (conforme previsão do art. 985, § 1º, do CPC¹⁴²). Trata-se de uma afirmação da autoridade e soberania da decisão paradigma do tribunal, fortalecendo a obrigação legal de que ela seja respeitada. No julgamento da reclamação, estará em discussão a (não) aplicação da decisão do IRDR sobre os casos concretos subsequentes¹⁴³. Ainda, a lei permite que o tribunal revise a decisão paradigma de ofício ou a requerimento dos legitimados para instaurar o incidente (art. 986 do CPC¹⁴⁴).

Por fim, uma observação relevante: apesar da dedicação intensa do CPC de 2015 ao momento da prolação da decisão em IRDR, acredita-se que o legislador poderia ter dado mais diretrizes ao julgador do caso futuro, esclarecendo as minúcias da aplicação do paradigma aos casos subsequentes, tanto aqueles que ficaram sobrestados quanto os que serão prolatados no futuro.

Quer dizer, caberá quase que exclusivamente ao juiz da origem decidir como será aplicada a decisão paradigma. Isso redundará, mais uma vez, na importância de se estudar a fundo (ou, pelo menos, dedicar um mínimo de atenção) a decisão do IRDR – pois, a depender da forma como o tribunal julga o incidente, a sua forma de aplicação aos casos futuros será distinta.

Vencidos os aspectos procedimentais do IRDR, passa-se à análise mais cuidadosa sobre qual o *objeto preponderante* da decisão que julga o incidente. Quer dizer, se o incidente deveria fixar uma tese jurídica ou resolver o caso concreto.

ocorre com os recursos repetitivos” (RESCHKE, Pedro Henrique. *Aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas: análise à luz do sistema de precedentes e do dever de fundamentação*. Monografia de especialização em Direito Processual Civil. Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – Núcleo de Pós-Graduação. cit. p. 52.

¹⁴² Art. 985. *Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada (...) § 1º Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação*. In: Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16.03.2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

¹⁴³ RESCHKE, Pedro Henrique. Op. cit. p. 52.

¹⁴⁴ Art. 986. *A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no art. 977, inciso III*. In: Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16.03.2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

CAPÍTULO 3

O IRDR JULGA O CASO CONCRETO OU FIXA UMA TESE JURÍDICA EM ABSTRATO?

Uma vez delimitadas o que são demandas repetitivas no contexto do CPC de 2015 e quais as peculiaridades do incidente, mostra-se possível enfrentar a discussão sobre o objeto do julgamento proveniente do IRDR.

Em linhas gerais, deve-se verificar se o incidente julga o caso concreto ou apenas fixa a tese jurídica, que servirá de base para resolução de casos futuros. Contudo, resolver tal questão não é tarefa fácil. Guilherme Peres de Oliveira aponta a dificuldade sobre o tema:

Não há clareza no texto do projeto, como expusemos desde o início, acerca do caráter concreto ou abstrato, subjetivo ou objetivo, do incidente de resolução de demandas repetitivas. (...) Seria ele um incidente cujo propósito é deslocar a competência para julgamento do pedido especificamente deduzido no processo em que foi suscitado, ou um incidente autônomo, cuja função é fixar a tese jurídica correta, a ser considerada como um fundamento inafastável ou prejudicial de mérito no processo principal?¹⁴⁵.

Apesar de o tema ser recente, já existem posições doutrinárias nos dois sentidos, a saber: *a)* há aqueles que defendem que apenas haverá a resolução pontual de questão de direito, em abstrato, fixando-se tese jurídica sem a resolução do conflito subjetivo (essa parte da doutrina utiliza o termo *procedimento-padrão*); e *b)* os que defendem que a técnica processual compreenderá o julgamento da causa, ou seja, do conflito subjetivo que levou à sua instauração (aqui é utilizada a expressão *causa-piloto* para referenciar esse posicionamento)¹⁴⁶.

Existem argumentos pertinentes para subsidiar os dois posicionamentos. Impõe-se, então, a necessidade de analisar qual a natureza do instituto, até por que a adoção de um ou de outro posicionamento influenciará radicalmente no regime que deve ser aplicável, bem como na natureza da decisão e sua eficácia.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Incidente de resolução de demandas repetitivas – Uma proposta de interpretação de seu procedimento*. Novas Tendências do Processo Civil. Vol. 2, Salvador: JusPodivm, 2014. cit. p. 669

¹⁴⁶ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016. cit. p. 65.

3.1. Uma visão legalista: o incidente apenas fixa a tese jurídica, abstraindo-se do julgamento subjetivo

A primeira linha de pensamento afirma que o incidente apenas fixa a tese sobre questão de direito comum, não adentrando na análise do conflito subjetivo. Haveria, então, uma cisão cognitiva, com a fixação de tese em abstrato, sem aplicação direta ao caso concreto¹⁴⁷. Alguns autores adotam a expressão “procedimento-modelo” para esse caso¹⁴⁸. Essa é a posição de Guilherme Peres de Oliveira, que em estudo voltado a analisar o caráter do incidente, conclui que:

O incidente deve ser encarado como incidente objetivo e cujo escopo é o de definir a tese jurídica em abstrato, sem julgar o caso concreto em que fora suscitado (e, ademais, todos os que versem questões idênticas), será julgado de acordo com suas peculiaridades, porém sem contrariar o posicionamento jurídica já delimitado no incidente¹⁴⁹.

Ou seja, o sistema de resolução de demandas repetitivas apenas resolveria a questão de direito repetitiva, fixando uma tese jurídica, que será posteriormente aplicada tanto aos casos que serviram de substrato para elaboração da tese, quanto aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito.

Esse é o posicionamento defendido por Guilherme Pires de Oliveira, Aluisio Mendes, Guilherme de Oliveira e Sofia Temer, entre outros. Essa posição decorre, principalmente, dos seguintes fundamentos¹⁵⁰: *a*) o sistema resolve apenas questões de direito, o que limita a cognição e impede o julgamento da lide subjetiva; *b*) a desistência da ação que deu origem ao incidente não impede o seu prosseguimento, que tramita independentemente da existência de um conflito subjetivo subjacente; e *c*) a natureza objetiva parece ser a mais adequada, em atenção à sistemática processual vigente, a fim de facilitar a aplicação da tese firmada às demandas futuras¹⁵¹.

¹⁴⁷ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 67.

¹⁴⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo código de processo civil*. Revista de Processo. Vol. 211, 2012.

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. Op. cit. p. 670.

¹⁵⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo. Vol. 243, 2015. cit. p. 291.

¹⁵¹ CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. cit. p. 1418.

3.1.1. O incidente julga apenas questões de direito

O texto legal indica que o IRDR apenas analisa questões de direito¹⁵², contribuindo para o entendimento que o incidente não julga a causa, mas fixa tese jurídica, na medida em que o foco do incidente não residiria em fatos específicos. Isso retoma um problema antigo, que diz respeito à separação entre questões de fato e questões de direito.

Castanheira Neves expõe a complexidade em descolar tais questões, afirmando que, geralmente, se reconhece que a distinção absoluta, ou logicamente pura, entre “fato” e “direito” não é realizável. Isso porque ao considerar-se a questão de fato, está implicitamente presente e relevante a questão de direito. Ao mesmo tempo, ao se considerar a questão de direito não se pode prescindir da solidária influência da questão de fato. Ou, numa formulação mais expressiva: “quando o jurista pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto”¹⁵³.

Assim, não se ignora que fato e norma são dois aspectos de um só fenômeno e que a tentativa de distanciá-los causa quase sempre um artificialismo estéril. Existem fortes críticas à separação, principalmente quando visam limitar a cognição judicial. Sobre essa dificuldade, Teresa Wambier ensina que, rigorosamente, é impossível fazer-se a distinção integral entre questão de fato e questão de direito, jê que o fenômeno direito ocorre efetivamente no momento de incidência da norma no mundo real, no universo empírico¹⁵⁴.

Porém o sistema jurídico brasileiro trabalha em diversas situações com o distanciamento de tais questões, numa tentativa de limitar, em certa medida, a cognição judicial¹⁵⁵. E o novo CPC acentua essas possibilidades. Contudo, para aqueles que defendem a fixação da tese, isso não significa que se pregue uma separação radical entre questão de fato e de direito.

Sem desconsiderar a complexidade da problemática de separação entre fato e direito, acredita-se que é possível adotar critérios para uma cognição mais

¹⁵² Art. 976. *É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; (...).* In: Código de Processo Civil (Lein. 13.105, de 16 de março de 2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

¹⁵³ NEVES, Antonio Castanheira. *A diferença entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista*. Digesta. Vol. 1. 1995. cit. p. 521-522.

¹⁵⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial*. Revista de Processo. Vol. 92. 1998. cit. p. 253-271.

¹⁵⁵ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 70.

limitada, para permitir uma compreensão quanto à sistemática do IRDR, de um ponto de vista pragmático.

Em estudo destinado a analisar essa limitação da cognição judicial, para fins de interposição de recurso especial, Teresa Wambier faz importante classificação – que parece ser a mais adequada – das questões de fato e questões de direito, de acordo com o aspecto problemático que é o foco da atenção do julgador.

Segundo a autora, pode-se falar em questões *predominantemente de fato* e questões *predominantemente de direito*. Ou seja, “o fenômeno jurídico é de fato e é direito, mas o aspecto problemático deste fenômeno pode estar girando em torno dos fatos ou em torno do direito”¹⁵⁶.

Isso significa que, embora o fenômeno jurídico não ocorra distante do mundo da vida, o aspecto problemático desse fenômeno pode ter graus de preponderância. Por exemplo, continua a autora, uma questão será predominantemente de direito se o foco da atenção do julgador estiver em como deve ser entendido o texto normativo, já que estariam resolvidos os aspectos fáticos (quais fatos ocorreram e como ocorreram)¹⁵⁷. Ou seja, a problemática está na compreensão e aplicação do mandamento legal.

Essa técnica de distinção pode ser aplicada ao IRDR. Sofia Temer afirma que, se o aspecto problemático for predominantemente jurídico (ou seja, por não compreender a aferição em concreto dos fatos alegados), será possível se falar em *questão de direito* se o julgamento pretender resolver temas como: *a*) como deve ser entendido o texto normativo e quais as consequências jurídicas daí extraídas; *b*) qual a norma aplicável a uma determinada situação fática; e *c*) a compatibilidade entre o texto normativo e outras normas e a Constituição¹⁵⁸.

Em contribuição para o argumento, pode se afirmar que a distinção entre questões de fato e questões de direito não é estranha ao nosso ordenamento jurídico. Está presente, por exemplo, como pressuposto de admissibilidade dos recursos excepcionais. Mas, nem por isso, significa que tais recursos trabalhem com uma separação radical entre fato e direito – até porque ela não é possível.

¹⁵⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit. p. 253.

¹⁵⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op. cit. p. 254.

¹⁵⁸ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 71.

Em se falando de recursos excepcionais, trabalha-se igualmente com níveis de preponderância, em atenção ao foco do julgador quanto à questão problemática. Não haveria motivo, portanto, para deixar de aplicar esse mesmo entendimento ao sistema de resolução de demandas repetitivas.

Ou seja, no incidente não seriam apurados se ocorreram ou como ocorreram determinados fatos, mas o tribunal apenas se ocuparia em definir a compreensão de textos normativos, considerando uma categoria fática pressuposta. Em resumo, o aspecto problemático seria *predominantemente* de direito. Mas, então, se os fatos não seriam totalmente excluídos da atenção do julgador para fixação da tese, como se daria essa inter-relação de fato-direito?

Apesar de o incidente solucionar questões predominantemente de direito, a fixação de teses jurídicas não parte da absoluta desconsideração das circunstâncias fáticas, tendo por base uma completa abstração – aliás, isso seria impossível, como já mencionado.

Os fatos estarão presentes na resolução do problema, mas não como fatos específicos, efetivamente ocorridos numa situação concreta (até porque não se trata de uma causa-piloto), mas sim como “fatos pressupostos, projetados, generalizados”¹⁵⁹. Vale dizer, o tribunal adotará uma *situação fática padrão* para a atividade de cognição, para então decidir sobre o texto do qual se extrai a norma, seu sentido e alcance.

O IRDR partiria de alguns casos concretos, nos quais há discussão sobre questão de direito comum. Tais causas, apesar de servir como substrato para o incidente, com ele não se confundiriam. Haveria o pinçamento de circunstâncias fáticas comuns nesses casos concretos, já que não há a resolução dos conflitos subjetivos. Aí se encontraria a base fática para a cognição operada no incidente, que deve analisar a controvérsia sem se apegar às peculiaridades de casos concretos, de modo a fixar uma tese que pode se usada como padrão decisório¹⁶⁰.

Em outras palavras, deverá ocorrer uma abstração moderada dos casos concretos, fixando-se uma situação fática padrão. Para tanto, defende-se que o tribunal deverá identificar um fato-tipo (ou um conjunto de fatos-tipos) para resolver determinada questão de direito repetitiva. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral define que fato-tipo pode ser

¹⁵⁹ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 73.

¹⁶⁰ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 73.

identificado como um “modelo resultante da ordenação de dados da realidade concreta segundo padrões de semelhança”¹⁶¹.

Falar em “tipo”, nesse cenário, significa extrair um modelo de repetição de padrões das situações fáticas concretas descritas nas demandas repetitivas¹⁶². Esse modelo será usado para servir de base fática para fixação da tese. Nesse sentido, o exercício de abstração feito pelo tribunal é, ao mesmo tempo, uma atividade de abstração e concretude:

O tipo está relacionado com a natureza das coisas, e por isso tem uma proximidade com o concreto; porém, embora não como o conceito, em alguma extensão o tipo também tende à generalidade, com certo grau de abstração. O raciocínio tipológico, portanto, admite ao mesmo tempo abstração e concretude¹⁶³.

A expressão *abstração e concretude* se justifica na medida em que o tribunal partirá de situações fáticas concretas, que se apresentam nos casos repetitivos e que são observadas na realidade, abstraindo delas os elementos que lhe sejam homogêneos e importantes para a questão analisada. A partir daí, descreverá uma situação fato-tipo, que será vislumbrada como modelo fático para posterior aplicação da tese¹⁶⁴.

O raciocínio tipológico assumiria, então, a função de oferecer modelos das situações fáticas a partir dos dados extraídos da realidade (casos concretos), com o objetivo de *generalizar*, para a fixação da tese. Ao mesmo tempo, essa modelagem fática acabaria por delimitar ou especificar os fatos (ou casos) para os quais a tese se aplicará.

Vale dizer, no incidente, o tribunal deverá abstrair as circunstâncias concretas, concentrar os elementos homogêneos e recompor a imagem a fim de projetar um fato-tipo. A partir daí, deverá fixar a tese jurídica. Perceba-se: para essa descrição do fato-tipo, o tribunal não deverá se ater aos elementos subjetivos e às mínimas particularidades das situações concretas, mas deverá descrever os elementos relevantes que se repetem e os padrões observados na realidade¹⁶⁵.

Por isso, tal raciocínio parece ser aplicável ao sistema que pretende resolver apenas questões de direito, partindo de um modelo que represente a controvérsia

¹⁶¹CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais. Entre publicismo e privatismo*. Tese de livre docência da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2015. cit. p. 77.

¹⁶²TEMER, Sofia. Op. cit. p. 74.

¹⁶³CABRAL, Antonio do Passo. Op. cit. p. 78.

¹⁶⁴TEMER, Sofia. Op. cit. p. 74.

¹⁶⁵KARAM, Munir. *A jurisprudência dos tipos*. Doutrinas essenciais de Direito Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 711-725.

(fatos genéricos), para aplicação posterior da tese fixada a todos os casos concretos que se aproximem daquela situação.

3.1.2. Autonomia do sistema em relação ao abandono da causa

Além da limitação da cognição, que reduz a abrangência do incidente apenas às questões de direito, outro ponto que corrobora para a conclusão de que o sistema de resolução de demandas repetitivas não resolve um caso concreto, mas tão somente fixa a tese jurídica: o fato de que há previsão expressa no CPC de que a desistência do processo (a partir do qual o incidente foi instaurado) não impede o seu prosseguimento, bem como a resolução da controvérsia quanto à questão de direito (CPC, art. 976, § 1º)¹⁶⁶.

O ponto é relevante não só porque demonstraria que o objetivo do IRDR é fixar a tese jurídica, mas também que não seria impossível que o incidente tenha natureza objetiva¹⁶⁷.

Aparentemente, até mesmo os autores que defendem a natureza subjetiva do incidente (quer dizer, a resolução da lide subjetiva com o julgamento da causa-piloto) reconhecem que, nesse caso, o incidente assume outro caráter, distinto da atividade jurisdicional típica. Alexandre Câmara, por exemplo, afirma que o incidente julga o caso-piloto, “salvo se tiver havido desistência ou abandono, caso em que se limita à fixação da tese”¹⁶⁸. Dessa afirmação surge inevitavelmente a pergunta: haveria, então, uma mudança da natureza do incidente em caso de desistência ou abandono? A resposta parece ser negativa, tanto sob a perspectiva do direito processual civil quanto da necessária coesão do ordenamento jurídico. Isso demonstra a possibilidade da natureza objetiva do incidente.

A autonomia do IRDR seria justamente o elemento que aproxima o sistema de resolução de demandas repetitivas dos meios processuais destinados à tutelar preponderantemente o direito objetivo:

O prosseguimento do IRDR mesmo em caso de desistência do processo que lhe serviu de substrato demonstra que no momento de instauração o incidente

¹⁶⁶ Art. 976. *É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente (...) § 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.; (...).* In: Código de Processo Civil (Lein. 13.105, de 16 de março de 2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

¹⁶⁷ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 78.

¹⁶⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. cit. p. 484.

‘descola-se’ do processo originário, ocorrendo a dessubjetivação necessária para fixação da tese jurídica¹⁶⁹.

Assim, em atenção aos argumentos expostos acima, pode-se afirmar que o IRDR pode ser caracterizado como uma técnica de processo objetivo. Ou, ainda, dessubjetivação, por que o instituto visaria apenas a fixação da tese, afastando-se do que ocorre no processo civil “tradicional”, que tutela o direito subjetivo das partes.

A conclusão apresentada seria, então, que o incidente preocupa-se predominantemente com a *tutela de direito objetivo*: através da resolução de um conflito normativo, em coerência com o ordenamento jurídico¹⁷⁰.

3.1.3. Tendência de objetivação do processo

Para complementar os dois argumentos já expostos, pode-se afirmar que a opção do legislador em conceder autonomia ao IRDR partiu de uma tendência já existente na realidade jurídica brasileira. Isso porque existem entendimentos jurisprudenciais e doutrinários já difundidos, que evidenciam uma tendência de objetivação do processo, quando se tratar de questões de direito:

Com efeito, observa-se um movimento crescente de dessubjetivação também do processo “tradicional”. Vislumbra-se a crescente abstração – ou desvinculação dos conflitos subjetivos específicos – nos julgamentos “tradicionais”. Do mesmo modo, algumas decisões que antes eram adstritas às partes do litígio passaram a assumir eficácias mais abrangentes¹⁷¹.

Sobre mecanismos de objetivação do processo, Erik Navarro desenvolveu uma dissertação na qual aborda, entre outros mecanismos, os recursos repetitivos e a súmula vinculante. O autor também aponta algumas características desses mecanismos de objetivação, como a eficácia expandida de decisões e a aceleração do procedimento, afirmando que tais procedimentos processuais visam à redução do número de processos e a consagração da isonomia¹⁷².

Nesse sentido, outro bom exemplo é o controle concentrado de constitucionalidade. Pode-se afirmar que nos juízos abstratos de constitucionalidade a lei é analisada *em tese*, desvinculada de conflitos objetivos específicos¹⁷³. Por isso, parte da

¹⁶⁹ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 79.

¹⁷⁰ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 80.

¹⁷¹ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 84.

¹⁷² WOLKART, Erik Navarro. *Mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013. cit. p. 106.

¹⁷³ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 82.

doutrina entende se tratar de atividade jurisdicional atípica. Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso ensina que:

A função jurisdicional, como regra geral, destina-se a solucionar conflitos de interesses, a julgar uma controvérsia entre partes que possuem pretensões antagônicas. O controle de constitucionalidade por ação direta ou por via principal, conquanto também seja jurisdicional, é um exercício atípico da jurisdição, porque nele não há um litígio ou situação concreta a ser solucionada mediante aplicação da lei pelo julgador. Seu objeto é o pronunciamento acerca da própria lei. Diz-se que o controle é em tese ou abstrato porque não há um caso concreto subjacente à manifestação judicial (...) Trata-se de um processo objetivo, sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos, de situações jurídicas individuais¹⁷⁴.

Ou seja, embora exista controvérsia jurídica, não há lide em sua concepção tradicional. A idéia, que pode perfeitamente ser aplicada ao IRDR, é resguardar a unidade, coerência e validade do ordenamento, numa tutela marcada pela objetivação¹⁷⁵.

Assim, o processo pelo qual se exerce essa atividade jurisdicional, por possuir características distintas do processo tradicional (intersubjetivo), pode ser denominado de *processo objetivo*. E a doutrina brasileira já vinha reconhecendo sua existência e delimitando suas características há certo tempo.

Não ignorando esse fenômeno, Teori Zavascki, por exemplo, aponta que o sistema normativo brasileiro vem sendo consideravelmente modificado nos últimos anos: a dessubjetivação dos julgamentos está mais acentuada, revestidos de caráter marcadamente objetivo¹⁷⁶.

Assim, não parece arriscado se falar, hoje, em um movimento de objetivação do processo. E com o CPC de 2015 essa tendência de objetivação é visivelmente fortalecida. Sobre o IRDR, Sofia Temer afirma que “para compreender a natureza proposta para o incidente, é importante ter em mente essa crescente intensificação das afluições do processo objetivo na atividade jurisdicional ‘ordinária’”¹⁷⁷.

Ao final, essas seriam os principais elementos que fundamentariam o papel do IRDR como técnica de processo objetivo, no sentido de que seu objeto

¹⁷⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. Ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

¹⁷⁵ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições*. Revista de Processo. Vol. 244. 2015.

¹⁷⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: RT. 2014. cit. p. 50.

¹⁷⁷ TEMER, Sofia. Op. cit. p. 88.

preponderante seria a fixação da tese em abstrato – ou seja, abstraindo-se do julgamento da lide (conflitos subjetivos).

À luz desses argumentos, parece razoável afirmar que o IRDR pretende, acima de tudo, possibilitar maior eficácia à prestação jurisdicional e consagrar a isonomia entre os jurisdicionados. E parece igualmente razoável afirmar que a intenção do incidente é consagrar esses avanços *através da fixação de teses*. Essa, pelo menos, é a posição aparentemente adotada pelo legislador e que provavelmente vai ser observada na prática do Judiciário.

Assim, não se pode simplesmente fechar os olhos para o texto legal, sob pena de impossibilitar, desde já, que o incidente mostre sua utilidade mediante sua utilização pelos tribunais. Porém, ao mesmo tempo, é importante tecer algumas críticas quanto a esse aspecto abstrato do incidente, sobretudo do campo hermenêutico, a fim de se terem claras algumas das possíveis consequências da proposta de fixação de teses.

3.2. O objeto do IRDR a partir de uma visão hermenêutica: imprescindibilidade do julgamento do caso concreto

Outra conclusão possível quanto ao objeto preponderante da decisão do IRDR é a de que, além de resolver a controvérsia quanto à questão de direito, haveria também no incidente a *resolução do conflito subjetivo*, caracterizando-se uma unidade cognitiva e decisória. Essa parte da doutrina emprega o termo “causa-piloto” para se referir ao incidente. Esse é o entendimento, por exemplo, de Alexandre Freitas Câmara:

O processo em que tal instauração ocorra será afetado para julgamento por órgão a que se tenha especificamente atribuir competência para se conhecer do incidente, o qual julgará o caso concreto como verdadeira causa-piloto, devendo o julgamento desse caso concreto ser, além da decisão do caso efetivamente julgado, um precedente que funcionará como padrão decisório para outros casos, pendentes ou futuros. (...) Esse órgão colegiado (...) não se limitará a estabelecer a tese. A ele competirá, também, julgar o caso concreto¹⁷⁸.

Ao se estudar o IRDR, não se pode ignorar as pertinentes críticas (sobretudo no campo hermenêutico) quanto à objetivação do processo e a tendência de prevalecerem decisões (ou teses) marcadas pela abstração, para servirem como padrões de julgamento para casos futuros.

A pergunta que surge é: qual a principal consequência dessa abstração decisória para a atividade jurisdicional? Em resposta – e como uma das justificativas do porque o IRDR apenas fixa a tese – Sofia Temer afirma que “a natureza objetiva parece ser a mais adequada, em termos de sistemática processual, para que seja possível aplicar a tese às demandas fundadas na mesma questão”¹⁷⁹.

Quer dizer, uma das principais preocupações seria justamente facilitar a resolução de outros casos, na medida em que o julgamento ocorreria a partir de um processo objetivo, desvinculando-se dos conflitos subjetivos e das peculiaridades do caso concreto que deram origem ao incidente. Supostamente uma decisão mais genérica e abstrata seria mais benéfica porque permitiria uma melhor aplicação e resolução dos casos futuros.

Embora seja inegável que exista um movimento de objetivação do processo do contexto jurídico brasileiro e que esse movimento tenha ganhado destaque no CPC de 2015, a questão normativa quanto ao IRDR não está devidamente respondida. O

¹⁷⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. cit. p. 479

¹⁷⁹ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016. cit. p. 69.

principal problema não está em como os tribunais e cortes superiores atualmente julgam, mas como deveriam julgar.

Em outras palavras, a fixação da tese jurídica em abstrato está de acordo com uma teorização normativa coerente e com o papel da jurisdição? De um ponto de vista hermenêutico, a resposta parece negativa.

3.2.1. A concretização da norma só é possível perante um caso concreto

Já há muitas décadas é certo na comunidade jurídica entre os países do *Civil Law* que o texto da lei não é suficiente para abarcar todas as situações de vida futuras. A atividade do legislador não conseguiu cumprir o sonho do iluminismo de elaborar catálogos universais de significados¹⁸⁰.

Na concepção positivista clássica, denominava-se *norma* um *comando abstrato*: quer dizer, o próprio texto da lei já era a norma. Como superação desse paradigma, destaca-se principalmente a teoria de Friedrich Müller. Sobre os avanços alcançados por Müller, Georges Abboud desta que:

A criação do termo ‘pós-positivismo’ e a sistematização desse paradigma são oriundos da obra de Friedrich Müller, que constrói uma teoria do direito que não almeja se opor ao positivismo (daí ser *pós* e não *anti* positivista), mas complementá-lo, corrigindo os equívocos¹⁸¹.

De forma resumida, a superação do positivismo clássico precisa passar pelos seguintes enfrentamentos: *a)* a norma não pode mais ser reduzida ao seu texto; *b)* o ordenamento jurídico positivo sem lacunas é uma verdadeira ficção; *c)* a solução de casos jurídicos não pode mais pretender ser realizada por uma atividade silogística; *d)* em suma, o pensamento pós-positivista não pode partir de uma cisão ficcional entre o jurídico e a realidade, ou seja, o pós-positivismo supera a clássica distinção entre questão de fato e questão de direito¹⁸².

Pode-se afirmar, então, que um dos grandes objetivos do pós-positivismo é sistematizar a teoria da norma fazendo uma correlação ao fenômeno decisório

¹⁸⁰ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. cit. p. 68.

¹⁸¹ ABBOUD, Georges. *Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam*. Precedentes (Coleção grandes temas novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2015. cit. p. 402.

¹⁸² ABBOUD, Georges. Op. cit. p. 402.

para superar a concepção de que a decisão judicial seria um mero ato de vontade ou uma operação mecânica silogística.

Assim, na obra de Müller há uma profunda ruptura: a norma passa a ser uma decisão que só existe diante de uma faticidade concreta. Em outras palavras, a realidade é o que condiciona a existência da norma.

Tanto a lei e a doutrina, quanto os precedentes e as súmulas são apenas textos normativos. Quer dizer, dados linguísticos. E, como textos que são, não conseguem – e nem poderiam pretender – abarcar todas as suas próprias possibilidades de aplicação.

Porém, todos esses elementos textuais possuem normatividade, isto é, uma possibilidade de impor determinados comportamentos em determinadas situações. Nesse sentido, a normatividade é apenas um indicativo de força normativa, que só poderá ser considerada impositiva (ou seja, dentro do mundo da vida) quando contrastada com um conjunto fático de um caso concreto específico¹⁸³.

Dessa forma, o direito e a realidade não devem ser vistos como categorias opostas: “eles atuam agora como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso – na forma da norma jurídica produzida”¹⁸⁴. A norma é a aplicação prática do direito frente a um caso concreto. Ou então: é impossível aplicar o direito (norma) sem as especificidades de um caso concreto.

Essa diferença ontológica entre *texto* e *norma* é importante para compreender que se trata de momentos distintos do fenômeno jurídico. Não se interpreta a norma, mas a norma é o resultado da interpretação¹⁸⁵.

Para Müller, concretizar a norma significa construir uma solução jurídica a um caso concreto¹⁸⁶. Fala-se, então, na utilização de elementos normativos (texto da lei, doutrina, súmulas) e a facticidade do caso para dar uma resposta jurídica a determinada pergunta. Eros Grau também expõe essa inseparabilidade entre fatos e direito para a construção da norma:

A realidade é tanto parte da norma quanto o texto. Na norma estão presentes inúmeros elementos do mundo da vida. Em suma, o ordenamento jurídico é

¹⁸³MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. São Paulo: RT, 2013. cit. p.39.

¹⁸⁴MÜLLER, Friedrich. Op. cit. p. 13.

¹⁸⁵SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. cit. p. 72.

¹⁸⁶MÜLLER, Friedrich. OP. cit. p. 291.

conformado pela realidade. Daí que, na metáfora de Kelsen, a moldura da norma é, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele. Ela é, concomitantemente, moldura do texto e da realidade¹⁸⁷.

O que há, portanto, não é uma cisão, mas uma diferença ontológica entre texto e norma, teoria e prática. O ponto é: o processo de concretização da norma *não pode* ser desvinculado do caso concreto que se busca resolver. Assim sendo, o julgador não pode se furtar de analisar todas as especificidades de um caso, sob pena de não apresentar uma solução jurídica adequada.

Levando em conta que teoria e prática são inseparáveis e que o direito não acontece em abstrato (para depois ser acoplado à realidade) conclui-se que a efetivação da norma (como verdadeira prestação jurisdicional) só ocorre quando da solução de um conflito subjetivo.

Então, qualquer tipo de objetivação em que se busca a abstração dos elementos fáticos e da resolução da lide subjetiva se mostra equivocada do ponto de vista da atividade jurisdicional.

E o IRDR não pode ser diferente. Mesmo que, hipoteticamente, fale-se em situação fática padrão (através da identificação de fatos-tipo) e que o IRDR não esteja totalmente desvinculado de um quadro fático, ainda assim, verifica-se que essa é uma proposta temerária. Pois os “fatos” enfrentados pelo tribunal (representativos de uma classe de ações) não corresponderão a uma verdadeira situação concreta. Vale dizer, seria óbice a um próprio julgamento hermeneuticamente adequado.

Ocorreria, na verdade, dois momentos de risco no processo de abstração. Num primeiro momento, há possibilidade de os fatos-tipo abstraídos pelo tribunal não respeitarem uma mínima relação com a questão repetitiva que se pretende julgar. Em segundo, esses mesmos fatos abstratos (que podem ter sido fixados de forma equivocada), serão objeto de julgamento de uma decisão também abstrata.

Mostra-se perigoso, então, afirmar que “teses jurídicas” possam ser objeto de julgamento mesmo que não exista uma referibilidade entre texto normativo e facticidade. Em estudo sobre a fundamentação das decisões judiciais, Leonard Schmitz critica essa abstração:

No Brasil há correntes doutrinárias que defendem que seria possível (a até desejável) que uma decisão, quando bem fundamentada, sirva de base para

¹⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. São Paulo: Malheiros, 2013. cit. p. 16.

outras decisões em casos tidos por análogos. A facticidade desses casos futuros importaria pouco; importaria apenas traçar abstratamente como uma tese deve ser interpretada. Veja-se como essa interpretação da tese é aquela da hermenêutica clássica, e a tese é justamente a ‘questão de direito’. Isso ressalta a atualidade e a importância do tema aqui tratado, pois há muito tempo se sabe que hermenêuticamente *não há teses sem fatos*, como reconhece Dworkin: ‘a compreensão meramente burocrática do decidir despe o juiz de responsabilidade e o afasta do compromisso com o caso. Quando se deixam de se julgar casos, para julgarem-se teses, tem-se sintoma inequívoco da suplantação da atividade judicial pela burocrática’¹⁸⁸.

Perceba-se: a tese firmada pelo IRDR (da forma como exposta no *item 3.1.*) não seria muito diferente de um texto normativo qualquer, correndo-se o risco de os futuros juízes realizarem uma aplicação mecânica do texto decisório – ou, pior ainda, da ementa, como é de praxe do Judiciário brasileiro.

Ou seja, ao se abstrair o julgamento do conflito subjetivo, o incidente acabaria por criar uma abstração similar àquela própria do legislativo, pois estaria desassociada de circunstâncias fáticas específicas. Isso denuncia uma tentativa de pré-julgar casos futuros, como se fosse possível uma tese abstrata resolver por “efeito cascata” os casos futuros.

Esse exercício de subsunção não é possível – e muito menos desejável – pois nenhum texto jurídico (seja um provimento vinculante, um enunciado jurisprudencial ou uma súmula) “pode ser aplicado de forma dedutiva-subsuntiva-mecânica”¹⁸⁹.

¹⁸⁸SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Op. cit. p. 148.

¹⁸⁹STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?* Precedentes (Coleção grandes temas novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2015. cit. p. 176.

3.2.2. É impossível uma superdecisão pré-julgar os casos futuros

Apesar das boas intenções de quem sustenta que o IRDR deva fixar a tese jurídica (na esperança de que uma decisão genérica e abstrata seria a solução para a multiplicidade de casos idênticos), a partir da hermenêutica crítica pode-se afirmar que esse pensamento equivale a um retrocesso. Ele resultaria, inevitavelmente, em uma precária prestação jurisdicional. Aqui, as palavras de Georges Abboud merecem destaque:

Estando compreendidas as bases do pós-positivismo, torna-se, no mínimo, ficção – ou até mesmo ingenuidade –, imaginar que o recrudescimento de decisões com efeito vinculante, ou mecanismos que almejam a solução por meio de efeito cascata, seriam a solução adequada para racionalizar a atividade do judiciário¹⁹⁰.

Precedente não é decisão pré-pronta¹⁹¹. Mas o que a tese jurídica fixada pelo IRDR propõe é, de certa forma, exatamente isso: uma decisão anterior ao caso, resposta que antecede a pergunta.

Da forma como está colocado, parece que o legislador está incumbindo o órgão julgador do IRDR de tentar extrair sua *ratio decidendi* num enunciado genérico – que se proporá completo e impassível de interpretação, justamente para tentar abarcar tantos casos futuros quanto possíveis. Marcelo Barbi Gonçalves é firme em seupessimismo:

(...) pode-se afirmar – ante a inexistência de uma base normativa e prática precedencialista no sistema normativo – que o acórdão elaborado no bojo do incidente de resolução de demandas repetitivas será autonomizado da faticidade que lhe deu origem, é dizer, a *ratio decidendi* será exclusivamente uma proposição de direito abstraída da questão de fato. Ter-se-á, portanto, uma norma geral e abstrata manejada pelos operadores jurídicos de maneira desconectada do processo-piloto, gerando uma imposição qualitativamente análoga à de uma lei¹⁹².

Justamente o erro em que incidiram os pensadores clássicos do direito francês pós-revolucionário, do juiz *bouche-de-la-loi*, aplicador impassível da norma completa e perfeita. A única diferença é que ao invés de se falar em *texto de lei*, fala-se em *tese jurídica* – e, pior, dizendo que não há controle recursal, pois contra esse raciocínio de subsunção só cabe reclamação diretamente ao tribunal que proferiu o precedente¹⁹³.

¹⁹⁰ ABBOUD, Georges. *Do genuíno precedente do stare desisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam*. Precedentes (Coleção grandes temas novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2015. cit. p. 402.

¹⁹¹ Vide item 1.1. deste trabalho.

¹⁹² GONÇALVES, Marcelo Barbi. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada*. Revista de processo, São Paulo, v. 222, pp. 221-248.

¹⁹³ Vide item 2.4.4. deste trabalho.

Por isso as críticas da hermenêutica jurídica quanto à fixação de teses desassociadas de fatos específicos devem ser consideradas. Nesse ponto, duas idéias se destacam: *a)* é impossível que uma tese abstrata consiga resolver, antecipadamente, os casos futuros; e *b)* a desvinculação de fatos específicos, no julgamento do incidente, prejudicaria a adequada aplicação da decisão no futuro.

Perceba-se que a forma como o direito é criado pelo judiciário (norma) é *muito diferente* daquela feita pelo legislativo. E, nessa toada, suas funções não se confundem. Eduardo Lamy e Fernando Vieira Luiz, em artigo dedicado à crítica do aspecto prospectivo do precedente, abordam essa mesma questão. Apesar de o estudo aqui realizado não ter o mesmo objeto daquele, a perspectiva hermenêutica lançada pelos autores se presta muito bem para criticar a fixação de teses pelo IRDR.

Segundo os autores, o juiz constrói o direito de baixo para cima; enquanto o legislador, ao contrário, de cima para baixo. Devido a essa estrutura, a forma como cada um cria o direito é bem diferente – assim como é distinta a função constitucional de cada um¹⁹⁴. Quer dizer, o primeiro cria o direito caso a caso, de forma que o desenvolvimento judicial do direito não se opera através da criação de normas gerais e abstratas:

A criação judicial do direito funciona em micro escala, onde, pouco a pouco, decisão após decisão, há o desenvolvimento de determinada tese jurídica que passa, assim, a criar uma regra pelo reforço de princípios compartilhados em cada caso particular¹⁹⁵.

Assim, a criação do direito pelo judiciário não pode ser meramente reprodutiva, como se a subsunção perfeita entre um fato e uma regra resolvesse toda e qualquer questão. Antes, é um processo de criação e incumbe ao julgador dar continuidade a essa evolução em cada caso concreto.

Numa democracia, o julgador não pode decidir conforme seu subjetivismo. Existem freios epistemológicos na atividade interpretativa que apontam qual o melhor caminho a tomar (fatos do caso, texto de lei, súmulas, etc.). Assim, o papel do juiz é decidir o caso corretamente, profundamente preocupado com seus fatos. Em outras palavras, seu dever é “fazer um boa decisão em cada caso individual”¹⁹⁶. E isso também se aplica à decisão do IRDR.

¹⁹⁴ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederick Schauer*. Revista de Processo, Vol. 250, p. 383-402.

¹⁹⁵ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Op. cit. p.394.

¹⁹⁶ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Op. cit. p.397.

Ao excluir a facticidade e a temporalidade do caso, a fim de formar regras universais, o julgamento do incidente implicaria na possibilidade de uma regra abstrata se aplicar a situações não cobertas por ela. Esse exercício prognóstico, no qual se funda a idéia de fixação de teses, é típico da legislação e não consiste como jurisdição, pois tenta moldar os comportamentos de forma geral e abstrata antes de sua ocorrência concreta¹⁹⁷.

Vale dizer, o tribunal deve usar de todo esforço para alcançar a decisão correta, analisando o caso concreto em toda sua particularidade. O raciocínio judicial exposto na fundamentação da decisão do incidente deve apresentar resposta também ao conflito subjetivo das partes. A partir da fundamentação da decisão que julga o caso concreto, os novos juízes irão verificar quando outros casos são análogos e se a decisão do IRDR se aplica ou não.

Pensar o contrário pode levar à ideia equivocada de que a tese fixada (através de um processo objetivo) revelaria seu próprio significado, onde o texto equivaleria à norma, independente dos fatos que serviriam de base para sua criação. Aí reside a crítica hermenêutica. É impossível que a tese abstrata contenha, em si, todas as hipóteses pré-concebidas de sua aplicação futura. Essa “pretensão plenipotenciária nada mais é que uma idéia metafísica errônea”¹⁹⁸. Aqui, vale a análise crítica de Georges Abboud:

Hodiernamente, apostar em decisões dos Tribunais com efeito vinculante consiste em realizar a mesma forma de aposta ingênua que foi feita na Revolução Francesa. Contudo, no passado, acreditava-se que a lei conteria a infinidade de solução dos casos. Atualmente, essa mística tem sido depositada nas decisões dos tribunais superiores, a aposta é de que o STJ e o STF poderiam criar superdecisões que, por si só, trariam a solução pronta (norma) para deslindar uma multiplicidade de casos¹⁹⁹.

Em outras palavras, aceitara fixação de teses abstratas é admitir que o tribunal estaria dando respostas antes das perguntas – quer dizer, antes mesmo da existência de um caso concreto, este já estaria solucionado, como se a decisão do incidente tivesse o condão de pré-julgar os casos futuros. Essa possibilidade não existe.

A afirmação de que *não há respostas antes das perguntas* é usada por Lenio Streck para expressar que a norma (enquanto atribuição de sentido a um texto normativo) só pode ser revelada frente ao caso a ser decidido, pois ocorre somente na sua aplicação no mundo da vida. Assim, “não há respostas/interpretações (portanto, aplicações),

¹⁹⁷LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Op. cit. p.398.

¹⁹⁸LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Op. cit. p. 394.

¹⁹⁹ABBOUD, Georges. Op. cit. p. 403.

antes da diferença ontológica ou, dizendo de outro modo, antes da manifestação do caso decidendo²⁰⁰.

Ou seja, a *norma* não existe por si só, mas precisa ser alcançada em cada processo individual de decisão jurídica; a própria regra jurídica aplicável (precedente) sempre é fruto de intenso debate e atividade interpretativa perante o caso concreto²⁰¹. Afirmar que não há norma em abstrato significa dizer que ela nunca é *ante casum*²⁰² – seja no *Common Law*, seja no *Civil Law*.

Assim, é impossível que a tese fixada (ou seu texto) constitua uma *norma* pré-pronta, uma *ratio decidendi* contida nela mesma, desvinculada dos fatos que a deram origem:

O mecanismo de decisão por precedentes é natural e funcionalmente hermenêutico (...) a decisão por precedentes não se articula com textos pré-definidos, vale salientar: o precedente, e mais especificamente a *ratio decidendi*, não pode ser capturado e limitado por um texto, súmula, etc.²⁰³.

Admitir o contrário seria cair num equívoco, que pode levar a um retrocesso a um modelo primitivo de positivismo, no qual o *texto passa a se equiparar à norma*, resgatando uma natureza abstrata e não concreta, como se fosse possível um precedente vinculante conter em si a solução já pronta para os casos futuros²⁰⁴.

Até porque, em termos práticos, o julgador do incidente não pode simplesmente prever, como um vidente, o que acontecerá antes que efetivamente aconteça²⁰⁵. Ou seja, quais serão os fatos dos próximos casos e, principalmente, em qual grau serão eles distinguíveis ou não do caso julgado pelo IRDR.

A complexidade da vida social torna impossível prever todos os tipos de eventos que qualquer julgador poderá enfrentar. Por isso, após o julgamento da causa-piloto, os juízes do futuro deverão observar a decisão do incidente; mas, acima de tudo, deverão também verificar se ela é apta, ou não, a fundamentar o julgamento de novos casos.

Isso redundaria na importância de considerar o objeto adequado da decisão para fins de sua *aplicação* futura. Ainda mais tendo em vista que, por força legislativa

²⁰⁰STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011. cit. p. 461.

²⁰¹Vide item 1.1. deste trabalho.

²⁰²ABBOUD, Georges. Op. cit. p. 403.

²⁰³ABBOUD, Georges. Op. cit. p. 404.

²⁰⁴STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Op. cit. p. 176.

²⁰⁵LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Op. cit. p. 398.

(art. 927), a decisão do incidente já nasce vinculante independentemente da sua própria qualidade:

Essa constatação é fundamental para compreendermos a importância do fator hermenêutico para tratarmos da aplicação do NCPC, com o escopo de impedirmos qualquer tentativa de aplicação mecânica, ou meramente subsuntiva, de qualquer provimento vinculante (...) O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência²⁰⁶.

Ora, se o julgamento não leva em consideração as especificidades do caso concreto, as futuras aplicações da regra criada serão muito mais imprevisíveis. Isso porque os fatos da causa-piloto estabelecem um quadro que guiará e limitará os futuros juízes quando forem aplicar a decisão do IRDR²⁰⁷.

Ainda que esteja claro que o precedente vinculante do incidente não seja um precedente nos moldes do *Common Law*²⁰⁸, é importante levar em consideração elementos daquele sistema, a fim de evitar julgamentos precários e discricionariedades. Nesse sentido, Lenio Streck e Georges Abboud destacam que:

Embora não seja simplesmente possível ‘importar’ irrefletidamente os conceitos teóricos formulados para (e por) uma tradição jurídica diversa, essas noções são fundamentais para conter o fenômeno que já vem ocorrendo no Brasil desde muito antes do advento do CPC, e que Maurício Ramires chamou de ‘uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades nada se sabe’²⁰⁹.

No processo de objetivação, o desprendimento do julgamento em relação aos fatos do caso que originou o incidente impossibilita o maior rigor no controle de suas aplicações futuras – afinal, o IRDR serve principalmente para ser aplicado aos casos futuros.

Isso por um motivo muito simples: quando se extirpa a base factual, na tentativa de criar uma regra geral e abstrata, o futuro processo de se encontrar semelhanças e diferenças é desde já destruído. Eduardo Lamy e Fernando Vieira Luiz ressaltam como a ausência de facticidade prejudica as futuras aplicações de qualquer decisão:

O caráter genérico e abstrato não permite a construções de analogias, e conseqüentemente, sobre quais novos casos pode ser o precedente aplicado

²⁰⁶ ABOUD, Georges. Op. cit. p. 405.

²⁰⁷ LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Op. cit. p.395.

²⁰⁸ Vide item 1.3. deste trabalho.

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. Op. cit. p. 178.

ou não, dando margem maior ao protagonismo e subjetivismo do juiz superveniente²¹⁰.

Numa palavra: discricionarietà. Não há como se falar em processo objetivo para o julgamento do IRDR sem sacrificar as (necessárias) amarras fáticas que servirão de guia para os futuros julgadores. Essa falta de orientação dará ao juiz do futuro um espaço muito maior para diferentes interpretações – porque palavras são muito mais indeterminadas do que eventos, fatos²¹¹.

Como se percebe, a proposta de fixação de teses em abstrato pelo IRDR é inconsistente com a perspectiva hermenêutica da produção judicial do direito e com a função do direito como um todo.

Aceitar a decisão do IRDR como meio (objetivo) para resolver de antemão casos futuros é insistir na mesma falácia da “vontade unívoca de *o-que-quer-que-seja*” – que a hermenêutica crítica já superou, mas assombram o Judiciário brasileiro até hoje. Nas palavras de Lenio Streck e Georges Abboud:

O que outrora era creditado à lei, agora está nas decisões dos Tribunais Superiores. O antigo juiz *boca-fria-da-lei* é substituído por um *juiz-boca-fria-da-sumula* ou ainda *juiz-boca-fria-de-qualquer-provimento-vinculante-dos-tribunais-superiores*. Qualquer um desses juízes incorre em equívocos hermenêuticos e partilha a concepção de que é possível decidir os casos previamente em abstrato²¹².

A decisão de um caso, mesmo que se trate de idêntica questão de direito, sempre envolve um elemento criativo, pois o juiz não está simplesmente declarando o direito, mas o construindo para um conjunto determinado de fatos perante aquele direito. E qualquer tentativa de antecipar essa construção de sentido falhará²¹³.

Assim, a decisão que julga o IRDR deve resolver também o conflito subjetivo, resultando numa unidade cognitivo-decisória. A partir daí, analisando o arcabouço jurídico e os fatos e circunstâncias de ambos os casos, os novos juízes é que definirão como e se a decisão é aplicável ao litígio presente.

Partindo-se dessa crítica, conclui-se que o efeito vinculante trazido pelas inovações do CPC de 2015 será o de considerar, sim, a decisão do IRDR para os casos

²¹⁰LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Op. cit. p.396.

²¹¹LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Op. cit. p. 395.

²¹²STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?* Precedentes (Coleção grandes temas novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2015. cit. p. 182.

²¹³LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. Op. cit. p. 401.

futuros; mas isso não se confunde com a idéia equivocada de construir teses genéricas e abstratas, desvinculadas da demanda subjetiva, no intuito de prejudicar os casos que virão.

3.3. Uma reflexão sobre as possíveis consequências do julgamento do IRDR

Analizados os principais argumentos de cada posicionamento, cabe tentar fazer uma ponte entre o incidente e a vida real. Surge a pergunta: qual a importância de se definir o objeto preponderante da decisão que julga o IRDR? A resposta (além de garantir um bom julgamento do próprio incidente) parece estar voltada principalmente para *como* a decisão paradigma será aplicada no futuro – pois a escolha do objeto preponderante inevitavelmente trará reflexos na prática judiciária.

Por óbvio, uma conclusão mais acertada somente poderá ser obtida após o incidente ter amadurecido o suficiente para se analisar os seus resultados práticos. Por ora, devemos nos contentar com a investigação das *possíveis* consequências de se adotar a fixação de teses ou o julgamento do caso concreto. Para tanto, deve-se observar o texto legal, o fator hermenêutico elencado no tópico anterior e o que ordinariamente acontece na *práxis* do Judiciário.

Parece inegável que, aparentemente, a intenção do legislador é no sentido de que o IRDR fixe teses em abstrato – a expressão “tese jurídica” é constantemente utilizada pelo Código.

O código traz todo um *sistema* de resolução de demandas repetitivas. Assim, relevantesas demais regras desse sistema para uma melhor compreensão do IRDR – até porque o ordenamento deve ser visto e interpretado como um todo. Tome-se como exemplo a subseção destinada a tutelar os recursos excepcionais marcados pela repetitividade. Em seu art. 1.037, III, § 7º, o CPC estabelece que:

Quando os recursos requisitados na forma do inciso III do caput contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo²¹⁴.

Em linhas simples: serão proferidos dois acórdãos, um destinado a resolver a questão de direito repetitiva e outro destinado para resolver os demais pedidos. Ao

²¹⁴ Art. 1.037, III, § 7º. In: Código de Processo Civil (Lein. 13.105, de 16 de março de 2015), disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

²¹⁴ TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016. cit. p. 78.

que toca as cortes superiores, portanto, parece claro que o sistema se destina a fixar teses em abstrato. Fosse a pretensão resolver o conflito subjetivo das partes, não haveria necessidade de se proferir duas decisões (uma para a tese e outra para o caso concreto), pois não haveria uma cisão decisória.

Nesse contexto, aplicar um entendimento diferenciado para o IRDR não parece fazer sentido do ponto de vista de interpretação sistemática do ordenamento. Ainda que se reconheça como falacioso o mito da “vontade do legislador” ou do “espírito da lei”, não se pode ignorar a literalidade do texto legal.

De outro lado, é importante não perder de vista as imperfeições do texto legal. O texto legal dedica muita atenção ao *julgamento* do IRDR, mas não parece se focar tanto quanto seria necessário no procedimento de sua aplicação aos casos subsequentes. Pelo contrário: nas poucas menções que há no CPC de 2015 à forma como se dará a aplicação do precedente aos casos futuros, faz-se menção a um julgamento despersonalizado e massificado²¹⁵.

Nesse ponto, volta-se o olhar para *como* os julgadores do futuro aplicarão a decisão do incidente: simplesmente “encaixando” de forma mecânica a decisão aos novos casos ou analisando os fundamentos do julgado para verificar como – e se – ele resolve o caso.

O “sincretismo improvisado”²¹⁶ entre *Common Law* e *Civil Law* acabou por gerar um hábito nocivo de encarar o precedente como uma decisão pré-pronta, um molde aguardando um caso concreto em que ele se enquadre. Como o jurista brasileiro não se acostumou a trabalhar com qualquer comando legal que não seja uma norma geral e abstrata, a teoria do precedente acabou se enquadrando a esse molde. Acredita-se que, seja através de ementas ou de súmulas, o próprio julgador extraia do caso concreto um enunciado geral e abstrato que, este sim, terá força vinculante. Vive-se num superar-sem-superar a escola da exegese²¹⁷, por assim dizer.

²¹⁵ RESCHKE, Pedro Henrique. *Aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas: análise à luz do sistema de precedentes e do dever de fundamentação*. Monografia de especialização em Direito Processual Civil. Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – Núcleo de Pós-Graduação. cit. p. 59.

²¹⁶ RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. cit. p. 61.

²¹⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 2 ed. cit. p. 89.

Por isso, torna-se cada vez mais relevante, não só para a discussão acadêmica, mas também para a aplicação prática do Direito, que os juristas brasileiros estudem e levem em consideração outras áreas do conhecimento – principalmente nos campos da hermenêutica filosófica e da teoria do direito. Caso contrário, por mais bem elaborados que sejam os mecanismos trazidos por qualquer inovação legislativa, continuaremos repetindo os mesmos erros.

O objetivo maior é garantir uma prestação jurisdicional adequadasem sacrificar os ditames da isonomia, da segurança jurídica e da previsibilidade.

O *civil law*, por ainda estar encobrindo a realidade, nos livros fala e ouve sobre a certeza jurídica na aplicação da lei, mas, em outro lugar, sente-se atordoado diante da desconfiança da população, além de envolto num emaranhado de regras que, de forma não sistemática, tentam dar alguma segurança e previsibilidade ao jurisdicionado²¹⁸.

É aqui que deve ser considerado o fator hermenêutico. O grande desafio, das ciências hermenêuticas e do estudo da argumentação jurídica, reside justamente em garantir a evolução do direito e a atenção às peculiaridades de cada caso concreto, afastando discricionariedades indesejadas.

A partir de um marco hermenêutico, parece imprescindível que a decisão paradigma do IRDR tenha amarras firmes em fatos concretos. Caso contrário, as novas decisões ficarão a mercê de aplicações mecânicas padronizadas e da discricionariedade do novo julgador. Ora, se no processo de objetivação a própria decisão do IRDR pode se distanciar a tal ponto do caso concreto que ela mesma se torne discricionária, o que dirá das suas futuras aplicações.

Sem dúvida, as intenções do Código foram das mais nobres: consagrar a isonomia e proporcionar segurança jurídica aos jurisdicionados. Porém, ao tentar corrigir as mazelas do Judiciário através da fixação de teses, há grandes chances de o incidente cair nos mesmíssimos problemas que tenta solucionar.

Mesmo que o IRDR “resolva” inúmeras demandas com uma decisão marcada pela objetividade, isso não necessariamente significará um ganho para os jurisdicionados; sobretudo se essa decisão for aplicada de forma mecânica e despersonalizada, sem efetivamente solucionar os problemas do mundo da vida – afinal, “resolver uma questão

²¹⁸MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.cit. p. 64.

que determina a solução de diversos litígios está longe de ser o mesmo do que resolver uma questão de direito que agrega sentido à ordem jurídica”²¹⁹.

Em outros termos: a pretensa concretização da celeridade ao julgar o maior número de casos possíveis através da tese abstrata se sobrepõe à segurança jurídica proporcionada por um julgamento centrado no caso concreto?

Eis os pesos da balança.

Não se nega que o ordenamento aponte no sentido de fixação de teses em abstrato (desvinculando-se das peculiaridades do caso concreto), nem que a maior parte da doutrina, até agora, tenha se posicionado também nesse sentido.

Porém, os argumentos expostos neste estudo dizem muito mais respeito a como os julgadores *deveriam* proceder do que a como *efetivamente* procedem. Por isso insiste-se que o fator hermenêutico deve ser levado em consideração para o julgamento do IRDR, sob pena de prejudicar o protagonista de toda e qualquer discussão que envolva o Judiciário: o jurisdicionado.

²¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos*. Revista de Processo. Vol. 249, nov/2015, pp. 399-419.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não é segredo que a massificação de demandas é um problema real, sintomático de uma crise que vai além da legislação ou mesmo da gestão dos órgãos do Judiciário. Suas causas dizem respeito ao próprio corte antropológico da população brasileira (*latino-cristã*, que denuncia um apego considerável à “cultura do litígio”), bem como à crise política generalizada enfrentada pelo Brasil e à desconfiança nas instituições. Quer dizer, não se trata de um problema isolado ou exclusivo do Poder Judiciário: é a manifestação de uma crise que perpassa toda a sociedade.

Isso revela a impossibilidade do direito, sozinho, trazer todas as respostas para problemas que ele próprio não criou. Fato é que o jurista brasileiro não trabalha num ambiente que permite, *a priori*, o tratamento individualizado e adequado de numerosas demandas de teor quase idêntico, por mais que este fosse o caminho *ideal*. Consequência disso é a necessidade de criar institutos para lidar com esta *situação operacional não-ideal*.

Uma das maiores inovações do novo CPC em atenção a essa necessidade é o IRDR. Ainda que o incidente seja uma realidade – e que inevitavelmente será utilizado na prática – é preciso ter em mente que toda inovação legislativa que pretende solucionar crises de massificação, ao conceder especial atenção à celeridade, traz consigo o risco inerente de se verem desrespeitados outras garantias fundamentais, sobretudo a segurança jurídica e a adequada prestação jurisdicional.

Daí a importância de se trazer à discussão os contornos da decisão que julga o incidente: a fim de possibilitar uma aplicação prática adequada, imprescindível investigar se a decisão do IRDR fixa uma tese jurídica abstrata ou se resolve o caso concreto analisando também o conflito subjetivo das partes envolvidas. Em outras palavras, para se possibilitar uma melhor aplicação amanhã, deve-se garantir um bom julgamento hoje.

Esse o objetivo do corte metodológico que orientou este trabalho, começando pela investigação sobre o sistema de precedentes brasileiro, comparando-o com aquele orientado pela doutrina do *stare decisis* para descobrir as semelhanças e diferenças, sobretudo em relação ao que caracteriza o respeito pelas decisões judiciais em cada sistema. Especial atenção se deu ao fato de que, ao contrário do *Common Law*, os precedentes judiciais no CPC de 2015 são formalmente vinculantes, na medida em que a própria lei determina expressamente que deverão ser observados.

À luz dessas considerações, o segundo capítulo realizou um estudo dos principais aspectos principiológicos, processuais e procedimentais do incidente de resolução de demandas repetitivas proposto pelo CPC de 2015, principal objeto deste estudo. A preocupação foi esclarecer o que são *questões repetitivas* para o incidente, bem como em quais pontos ele não se equipara aos mecanismos existentes que se destinam a tutelar demandas marcadas pela repetitividade (como a ação coletiva). Ao final, numa análise mais detida dos seus aspectos procedimentais, verificou-se a vaguidade do texto legal quanto ao modo como será aplicada a decisão que julga o IRDR aos casos futuros.

Há grandes riscos de que as principais vítimas dessa insuficiência legal acabem sendo os casos que virão, cujas peculiaridades podem acabar ignoradas em razão de um julgamento automático e despersonalizado. Por isso o terceiro capítulo dedicou-se a investigar o objeto preponderante da decisão que julga o IRDR, a fim de verificar se a decisão paradigma é condizente com uma adequada prestação jurisdicional e, acima de tudo, possibilitar uma melhor utilização do incidente.

O início do terceiro capítulo dedicou-se a demonstrar que, da forma como está proposto pelo CPC, tudo indica que o IRDR se destina à *fixação de teses jurídicas*. Os aspectos processuais e procedimentais do incidente apontam no sentido da abstração do conflito subjetivo, culminando na fixação de uma tese jurídica autônoma – efetiva cisão decisória entre o julgamento da tese e do caso concreto. Essa opção legislativa se justifica principalmente pela alta instabilidade da jurisprudência no nosso Judiciário, bem como pela tendência – acentuada no novo CPC – de objetivação do processo, que escapa aos moldes do processo civil tradicional (focado no conflito subjetivo) e possibilita um julgamento de eficácia mais alargada. Com certeza as intenções de quem sustenta a fixação de teses são das melhores: permitir a resolução de conflitos massificados através de um processo objetivo e, acima de tudo, consagrar a isonomia e proporcionar segurança jurídica aos jurisdicionados.

Porém, como dito, não se pode perder de vista as imperfeições do texto legal. Justamente por isso, em seguida, o terceiro capítulo se dedicou a demonstrar as razões pelas quais seria necessário o julgamento do conflito subjetivo das partes pelo IRDR. Verificou-se que os principais elementos que levam a essa conclusão não são de natureza dogmática ou legalista, mas, antes, hermenêutica.

Levando-se em conta que teoria e prática são inseparáveis e que o direito não acontece em abstrato (para depois ser acoplado à realidade) concluiu-se que a

efetivação da *norma* (como verdadeira prestação jurisdicional) só ocorrequando da solução de um conflito subjetivo. Ao se abstrair do julgamento do caso concreto, o incidente acabaria por criar uma abstração similar àquela própria do legislativo, pois estaria desassociada de circunstâncias fáticas específicas. Eis a conclusão a partir de um marco hermenêutico: é impossível que do julgamento do IRDR nasça uma superdecisão, uma *norma* pré-pronta, desassociada do caso concreto, que teria o condão de resolver antecipadamente os casos futuros e suas peculiaridades. A partir do CPC de 2015, o julgamento do incidente deve, sim, ser observado pelos futuros juízes; mas isso não se confunde com a ideia equivocada de uma aplicação mecânico-subsuntiva da decisão paradigma – que prejudicará um julgamento adequado dos novos casos.

É evidente que a preocupação de todos os juristas, independente de se defender a fixação de teses ou o julgamento do caso concreto, é que o julgamento em massa não seja automático e despersonalizado. A ideia é permitir que o IRDR traga benefícios ao jurisdicionado – a conclusão principal a que se chega com este trabalho, acredita-se, é que a escolha do *objeto do julgamento* fatalmente influenciará a vida das pessoas.

Por isso, uma interpretação estritamente legalista do IRDR pode não ser a melhor escolha, sob pena de prejudicar justamente quem o legislador tentou proteger: o jurisdicionado.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. *Do genuíno precedente do stare decisis ao precedente brasileiro: os fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACEDO, Lucas Buril de (coord.). *Coleção grandes temas novo CPC – Precedentes* (Vol. 3). Salvador: JusPodivm, 2015.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um incidente de resolução de demandas repetitivas*. *Revista de Processo*. Vol. 196, jun/2011, pp. 237-275.

ARENHART, Sergio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção de direito individuais homogêneos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARBOSA, Andrea Carla; CANTOARIO, Diego Martinez Fervenza. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do Código de Processo Civil: apontamentos iniciais*. In: FUX, Luiz (coord.). *O novo processo civil brasileiro: direito em expectativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 435-523.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. *Revista de Processo*. Vol. 39, jul/1985, p. 55.

BARROSO, Luiz Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CABRAL, Antonio de Passos. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. *Revista de processo*. Vol. 231, mai/2014, pp. 201-223.

_____. *Convenções processuais. Entre publicismo e privatismo*. Tese de livre docência da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2015.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *A força dos precedentes no moderno processo Civil Brasileiro*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALCANTI, Marcos. *Incidente de resolução de demandas repetitivas e ação coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. *Interesses individuais homogêneos: natureza e oportunidade da coletivização de interesses individuais*. Revista de Direito do Consumidor. Vol. 72, out/dez 2009, pp 9-40.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições*. Revista de Processo. Vol. 244, jun/2015, pp. 247-284.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O regime processual das causas repetitivas*. Revista de Processo. Vol. 179, jan/2010, pp. 139-174.

_____. *Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do novo Código de Processo Civil*. Revista de processo. Vol. 193, mar/2011, pp. 227-251.

CUNHA, Alcidez Munhoz da. *Evolução das ações coletivas no Brasil*. Revista de Processo. Vol. 177, jan/mar 1995, p. 224.

DIDIER JR., Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACEDO, Lucas Buril de (coord.). *Coleção grandes temas novo CPC – Precedentes* (Vol. 3). Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual*. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. ZANETI JR., Hermes. *Conceito de processo jurisdicional coletivo*. Revista de processo. Vol. 229, mar/2014, pp. 273-280.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. *O incidente de resolução de demandas repetitivas e a magistratura deitada*. Revista de processo. Vol. 222, ago/2013, pp. 221-248.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Estudos de direito processual*. Rio de Janeiro: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

JÚNIOR, Eraldo Ramos Tavares. *Juizados Especiais, Precedente Judicial e a importância do relatório: uma homenagem a este desprestigiado elemento da sentença*. Revista de Processo. Vol. 38, ago/2013, pp. 201-218.

KARAM, Munir. *A jurisprudência dos tipos*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (orgs.). *Doutrinas essenciais de Direito Civil* (Vol. 1). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 711-725.

LAMY, Eduardo de Avelar; LUIZ, Fernando Vieira. *Contra o aspecto prospectivo do precedente: uma crítica hermenêutica a Frederick Schauer*. Revista de Processo. Vol. 250, dez/2015, pp. 383-402.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *A ética dos precedentes: justificativa do CPC de 2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos*. Revista de Processo. Vol. 249, nov/2015, pp. 399-419.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos*. 4 ed. São Pulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. *Reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previstas no Projeto de novo Código de Processo Civil*. Revista de processo. Vol. 211, set/2012, pp. 191-208.

_____. TEMER, Sofia Orberg. *O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil*. Revista de processo. Vol. 243, maio/2015, pp. 283-332.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. ABBOUD, Georges. *Stare decisis x direito jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (orgs). *Novas tendências do processo civil* (Vol. 1). Salvador: JusPodivm, 2013.

NEVES, Antonio Castanheira. *A diferença entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de revista*. Digesta. Vol. 1, 1995, pp. 521-522.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Incidente de resolução de demandas repetitivas – Uma proposta de interpretação de seu procedimento*. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (orgs). *Novas Tendências do Processo Civil*. Vol. 2, Salvador: JusPodivm, 2014, pp. 663-370.

RAMIRES, Mauricio. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RESCHKE, Pedro Henrique. *Aplicação da tese jurídica firmada em incidente de resolução de demandas repetitivas: análise à luz do sistema de precedentes e do dever de fundamentação*. Monografia de especialização em Direito Processual Civil. Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – Núcleo de Pós-Graduação.

_____. *Ação rescisória e uniformização jurisprudencial: crítica à “doutrinada interpretação razoável” e à aplicação irrestrita da Súmula 343/STF*. Trabalho de Conclusão

de Curso (Graduação em Direito). Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2013.

ROSSI, Julio Cesar. *Precedente à brasileira: a jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC*. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Evaristo Aragão. *Em torno do conceito e da formação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SICA, Heitor. *Congestionamento viário e congestionamento judiciário*. Revista de processo. Vol. 236, out/2014, pp. 13-26.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica e(m) crise*. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. ABBOUD, Georges. *O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?* In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACEDO, Lucas Buril de (coord.). *Coleção grandes temas novo CPC – Precedentes* (Vol. 3). Salvador: JusPodivm, 2015.

TALAMINI, Eduardo. *Direitos individuais homogêneos e seu substrato coletivo: a ação coletiva e os mecanismos previstos no CPC de 2015*. Revista de processo. Vol 40, mar/2015, pp. 337-358.

TARUFFO, Michele. *Observações sobre os modelos processuais de civil law e common law*. Trad. José Carlos Barbosa Moreira. Revista de processo. Vol. 110, abril/junho 2003, pp. 141-158.

TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, Rogério Cruz e. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 97-131.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Precedentes e evolução do direito*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Interpretação da lei e de precedentes: civil law e common law*. Revista dos Tribunais. Vol. 99, 1999, pp. 33-45.

_____. *Distinção entre questão de fato e questão de direito para fins de cabimento de recurso especial*. Revista de Processo. Vol. 92, 1998, pp.253-271.

WOLKART, Erik Navarro. *Mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013.

ZANETI JR, Hermes. *Precedentes normativos formalmente vinculantes*. In: DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACEDO, Lucas Buril de (coord.) *Coleção grandes temas novo CPC – Precedentes* (Vol. 3). Salvador: JusPodivm, 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.